الجلد الثانی من

الهداية مع الكفاية

واقوال الشروح السائرة كالنهاية والبداية وغيرها

مؤلف الهداية : شيخ الاسلام برهان الدين علی بن ابي بكر المرغينانی
الحنفی المتوفی سنة ثلاث وتسعين وخمسمائة سنة ٥٩٣

مطبعهٔ كريميه قزان

كتب مصارفلريله

١٩٠٧ سنه

КАЗАНЬ.
Типографія Т-го Д-ма „Братья Каримовы"
1907.

الجلد الثانى من الهداية

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿كتاب البيوع﴾

قال (البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضى) مثل ان يقول احدهما بعت والاخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك بكذا او خذه بكذا فى معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعتبر فى هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال (واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل فى المجلس وان شاء رد) وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل فى بعض المبيع ولا ان يقبل المشترى ببعض الثمن لعدم رضاء الاخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى قال (وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض) والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية

(قوله ينعقد الانعقاد ههنا تعلق كلام احد العاقدين بالاخر شرعا على وجه يظهر اثره فى المحل عنايه (قوله لان البيع الخ اى لان البيع انشاء تصرف شرعى وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لامحالة واما كونه شرعيا فلان الكلام فى البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور الشرعية لا يكون الا منه والموضوع الخ ع (قوله بخلاف النكاح ﴿ ٢ ﴾ فانه لو قال زوجنى فقال الولى زوجتك ينعقد النكاح والفرق ان النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة وهما يدلان على ان المراد الحال اما البيع فيقع بغتة فيحمل قوله بيعك على عدة لا بيعا ويعنى استيماما وطلبا وذا لا يدل على الوجود لامحالة كفايه (قوله وقوله رضيت الخ هذا البيان ان انعقاد البيع لا ينحصر فى لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اى الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اى المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت منك هذا بكذا فقال خذه يعنى بعت بذلك فخذه لانه امره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء لتصحيح كلام المنطوق ع (قوله فى هذه العقود قيد ذلك لان بعض العقود قد تحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما فى المفاوضة ع (وقال) (قوله فى النفس الخ قيل المراد بالنفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء وبالخسيس ما يقل ثمنه كالبقل والرمانة والخبز واللحم وقد يفسر الاول بما يكون قيمته مثل نصاب السرقة او فوقه والثانى بما يكون قيمته دون نصاب السرقة چلپى (قوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخى فانه قال انما ينعقد البيع بالتعاطى فى الاشياء الخسيسة كفايه

وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة (والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة) لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما) لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل معلوم ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة عن التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلم في بعيدها قال (ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه (فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها) وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة قال (ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة

(قوله يثبت الخ على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان ع (قوله في جواز البيع احتراز عن السلم لان معرفة مقدار رأس المال شرط فيه عند ابي حنيفة اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كفايه (قوله والاثمان المطلقة اى الكاملة في الثمنية وهي الحجران لانهما خلقا للثمنية كفايه (قوله الا ان تكون الخ وصورة الاثمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة ما اذا قال اشتريت هذا الشئ بالذهب ولم يبين ﴿ ٣ ﴾ قدره ولا وصفه وكذا لو قال بالدراهم وبيان القدر ان يقول عشرة او خمسة وبيان الصفة ان يقول بخاري او سمرقندي ك (قوله وكل جهالة هذه صفتها وهي كونها مفضية الى المنازعة وهذا احتراز عن جهالة لا تفضي الى المنازعة كما اذا كان مجهول القدر مشارا اليه وكما لو باع عبدا من عبدين على ان المشترى بالخيار ك (قوله بثمن حال اقول الاعيان ثلثة نقود اعنى الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدواب والبيت وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا او ثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء عليه ع (قوله وعنه عليه السلام الخ قلت اخرجه البخاري ومسلم عن الاسود عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعا له من حديد انتهى وفي لفظ البخاري ثلاثين صاعا من شعير وهذا اليهودي اسمه ابو الشحم تخريج زيلعي (قوله كان على غالب نقد البلد اى البلد الذي جرى فيه البيع لا بلد المتبايعين وفي الدرر النقد ما ليس مصوغا من الذهب والفضة مسكوكا اولا (قوله وهذا اى الفساد على تقدير عدم البيان والجواز على تقدير البيان قوله وهذا اى فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية بمعنى مع الاستواء في الرواج وانما اعاده للتنبيه على ان المراد بالمختلفة في المتن المختلفة في المالية

وعن ابيحنيفة رح انه لايجوز فى البيع ايضا والاوّل اصح واظهر قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمى جملة قفزانها وقالا يجوز فى الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل فى المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشترى بالخيار ثم اذا جاز فى قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشترى الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل فى المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم بذلك الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع فى جميعها عند ابي حنيفة رح وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز فى الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد) لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لايجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضى الجهالة الى المنازعة فيه وتفضى اليها فى الاول فوضح الفرق قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشترى بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل فالمشترى بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك) لان الذراع وصف فى الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لايقابله شىء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا قال (وان وجدها اكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم (ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم

(فوجدها)

قوله بجهالة المبيع والثمن جهالة تفضى الى المنازعة لان البائع يطالب من المشترى قبض الثمن اولا والثمن غير معلوم وهذا لايدفع مالم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن وذلك انما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان (قوله كما اذا باع الخ واجيب لابيحنيفة رح ان القياس فيه فساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه فى معنى ما ورد به النص على ماسيأتى فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لايتعدى الى غيره فلهذا لم يجوزه ابي حنيفة رح فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ع (قوله على ان المشترى بالخيار ان شاء اخذ هذا وان شاء اخذ ذلك فاذا اخذ ايهما شاء ارتفعت الجهالة فكذا ههنا (قوله لتفرق الصفقة عليه وهذه المسألة مجتهد فيها لا يعرف حكمها كل فقيه فكيف العامى فاذا لم يكن المشترى عالما بان العقد واقع على قفيز واحد وقد علم الان يثبت الخيار عند العلم لنا (قوله لانه علم بذلك الخ فرز بما كان فى علمه وظنه ان الصبرة تأتى بمقدار ما تحتاج عليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزائد مجانا وفى تركه تفريق الصفقة على البائع او نقصت فيحتاج الى ان يشترى من مكان آخر بل يوافق اولا ع (قوله ولم يسم جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او بين احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهى عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم اوقال بعتك هذا الثوب وهى عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اوقال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح ع (قوله متفاوتان فى القيمة كالبطيخ والسفرجل والرمان والخشب والاوانى چلبى

فوجدها ناقصة فالمشترى بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لواخذه بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة فى الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولواخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط (ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز فى قولهم جميعا) لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان اولم يعلم وهو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز فى فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز فى الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة لا يجوز فى فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروى حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول فى المروى شرطا للعقد فى الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط فى المعدوم فافترقا (ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة فى الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف فى الوجه الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفى الثانى يأخذه بعشرة ان شاء وقال محمد فى الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكمها ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة ان الذراع

(قوله لكنه صار اصلا بافراده الخ حيث قال كل ذراع بدرهم فكان اصلا لان مقابلة الثمن من خواص كونه اصلا اذ الثمن لا يقابل الاوصاف (قوله فنزل الخ فيه بحث فان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد وارد على اثواب عشرة وقد وجدت احد عشر او تسعة على ما يأتى والجواب ان الاثواب مختلفة فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضى الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك ع (قوله لم يكن آخذا الخ وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم فان كلمة على تأتى للشرط كما عرف فى موضعه ع (قوله من دار او حمام اعتبر ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم ع (قوله وهو المعين الا انه مجهول لا يعلم ان تلك الاذرع من الدار فى الجانب الشرقى منها او الغربى او من صدر الدار او اسفلها والمبيع اذا كان معينا مجهولا لا يصح كما اذا قال بعت منك احد هذين العبدين والتعيين غير مناف للجهالة لما ان التعيين فى امر والجهالة فى امر آخر نهاية (قوله بخلاف السهم لان عشرة اسهم شائع فى الكل فلم يلزم فيه جهالة تفضى الى المنازعة فكان صاحب عشرة اسهم شريكا لصاحب تسعين اسهما فى جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل قدر نصيبه فى اى موضع كان فلا تودى الى المنازعة ك (قوله وله الخيار ان شاء اخذ كل ثوب بما سمى وان شاء ترك لانه ربما يكون الباقى رديا والغائب جيدا والمشترى انما رغب فى الردى لمكان الجيد فيتضرر بتفرق الصفقة قبل التمام فيتخير ك (قوله ولم يجز فى الزيادة لان العقد تناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولا كفايه

وصف فى الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشترى مازاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

﴿ فصـل ﴾

ومن باع دارا دخل بناؤها فى البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء فى العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له (ومن باع ارضا دخل مافيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء (ولا يدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذى فيها (ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع) لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعى يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفى العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن فى الصحيح ويكون فى الحالين للبائع لان بيعه يجوز فى اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل فى بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف فى جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به لانه بمنزلة المتاع (قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع) لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به فى الحال

(قوله يجوز بيع ذراع الخ اى اذا باع ذراعا من هذا الكرباس ولم يعين موضعه يجوز كما اذا باع قفيزا من صبرة الطعام ك (قوله فصل مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احدهما ان كل ما هو يتناوله اسم المبيع عرفا دخل فى المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له فى الدخول ويعنى بالقرار الحال الثانى على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر فى ثانى الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان فصله فيه فهو اتصال قرار ع (قوله يتناول الخ فان قيل له حلف لا يدخل هذه الدار ﴿ ٦ ﴾ فدخلها بعدما انهدمت يحنث فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء فى العرف لما حنث بعد انهدام البناء لان الكل ينتفى بانتفاء الجزء مع ان الايمان مبنية على العرف فكان اعتبار العرف هناك اليق من الاعتبار ههنا قلنا البناء بمنزلة الصفة وهى فى المعين لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين فان كانت داعية الى اليمين تعتبر ك (قوله فيكون تبعا لان الاصل ان العرصة اصل فى الدار لان قرار البناء عليها ك (قوله والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح ع (قوله لانه متصل الخ ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل فى بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس فى وسعه فصل الحمل عن الام ع (قوله لقوله عليه السلام من اشترى الخ قلت غريب بهذا اللفظ واخرجه الائمة الستة فى كتبهم من سالم بن عبدالله بن عمر عن ابيه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع انتهى ت (قوله فالثمرة للبائع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه الصلوة والسلام الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل ع (قوله فهو للقطع فيه اشارة الى ان الاعتبار الثانى الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان تكون خلقة او موضوعا عنايه (اوفى)

(قوله لايجوز الخ لانها مستحق القطع اذ لايصح البيع بشرط الترك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن منتفعا بها حالا وما لاتلم بصحك (قوله للعادة اى لتعارف الناس بذلك والجواب انا لانسلم ان التعامل جرى فى اشتراط الترك ولكن المعتاد فى مثله الاذن فى تركه بلاشرط فى العقد (قوله تصدق بمازاد الخ بمعنى يقوم قبل التناهى وبعده فيتصدق بفضل ما بينهما من قيمته (قوله لعدم التعارف لان التعارف لم يجر فيما بين الناس.

اوفى الثانى وقد قيل لايجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول أصح (وعلى المشترى قطعها فى الحال) تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتريها مطلقا او بشرط القطع (وان شرط تركها على النخيل فسد البيع) لانه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة فى صفقة وهو اعارة او اجارة فى بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وابي يوسف رحمه لما قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد بمعنى من الارض او الشجر ولو اشتريها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بمازاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حالة لاتحقق زيادة وان اشتريها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لايطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتريها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لايمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى فى مقداره لانه فى يده وكذا فى الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشترى الاصول ليحصل الزيادة على ملكه قال (ولايجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى منها ارطالا معلومة) خلافا لمالك لان الباقى بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقى معلوم بالمشاهدة قال قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوى واما على ظاهر الرواية ينبغى ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لايجوز بيعه فكذا استثناؤه (ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها والباقلاء فى قشره) وكذا الارز والسمسم وقال الشافعى لايجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الاول عنده وله فى بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روى عن النبى عم

باستيثمار الأشجار ولهذا لو استأجر نخلا ليجفف عليه الثياب لا يجوز (قوله والحاجة اى لعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشترى ان يشترى الثمار مع اصولها على ما سيذكره (قوله للجهالة اى جهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم بالحر وقد يتأخر للبرد واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق (قوله وكذا الخ يعنى ان البيع لا يجوز اذا حدث شئ قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمخلص اى الحيلة فى جوازه فيما اذا حدث قبل القبض ان يشترى الخ ع (قوله واما على ظاهر الرواية الخ يريد به على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر فى ظاهر الرواية ولهذا قال ينبغى ان يجوز ع (قوله ينبغى ان يجوز قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لانم جواز بيع الباقى وهو مجهول والجواب انا لانم ان الباقى مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تسر منه جهالة الا المستثنى الابحسب الوزن فيكون البيع فى الباقى مجازفة وهى لاتحتاج الا معرفة مقدار المبيع

انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه فى سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لايجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفى مسئلتنا لو باعه بجنسه لايجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لايدرى قدر مافى السنابل (ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح اغلاقها) لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل فى بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لاينتفع به بدونه (قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع) اما الكيل فلابد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الاترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ماتعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفى رواية ابن سماعة عنه على المشترى لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (واجرة وزان الثمن على المشترى) لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن اولا) لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لايتعين بالتعيين تحقيقا للمساوات قال (ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا) لاستوائهما فى التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما فى الدفع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز فى البيع للبائع والمشترى (ولهما الخيار ثلثة ايام فمادونها) والاصل فيه ماروى ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصارى رض كان يغبن فى البياعات فقال له النبى عم اذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلثة ايام (ولا يجوز اكثر منها عند ابيحنيفة) وهو قول زفر والشافعى وقال (يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين) ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل فى الثمن ولابيحنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (الا انه اذا جاز فى الثلاث

(قوله حتى يبيض الخ وحكم مابعد الغاية يخالف ماقبلها فظاهره يقتضى الجواز بعد وجود الغاية ك (قوله ولانه الخ كانه جواب عن قوله مستور بما لامنفعة له وتقريره لانسلم انه لامنفعة فيه بل هو اى المبيع بقشره حب منتفع به والحبوب المذكورة مدخرة فى قشرها قال الله تعالى فذروه فى سنبله وهو انتفاع لامحالة فجاز البيع ع (قوله والجامع اى العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه كون كل واحد منهما مالا متقوما ينتفع به قوله وفى مسئلتنا اى فى بيع الحنطة فى سنبلها لو باعه بجنسه اى باع الحنطة فى سنبلها بحنطة فى سنبلها لايجوز ك (قوله مفاتيح الخ والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا فيها فان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لايدخل الغلق تبعا له لعدم الاتصال زيلعى (قوله اذ لا ينتفع الخ فان قيل الانتفاع بالدار لايمكن الا بالطريق ومع ذلك لايدخل الطريق فى بيع الدار بدون ذكره او ذكر المرافق قلنا شراء الدار قد يكون مقصودا بدون الطريق لانه يحتمل ان يكون مراد المشترى اخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة واما المغلاق فلا يكون مقصودا منفردا من المفتاح فيدخل بدون الذكر كما اذا استأجر دارا يدخل الطريق بدون الذكر ك (قوله تحقيقا للمساواة اى فى تعيين حق كل واحد منهما وفى المالية ايضا لان الدين انقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشترى ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا فى المغنى (قوله كان يغبن فى البياعات (جاز) لما مرمة اصابت وغبنه فى البيع اى خدعه والغبن ضعف الراى يقال رجل غبين الراى والخلابة الخداع ومعنى قوله لاخلابة اى العدول عن البيع البات الى الخيار ليس من غرور خداع لك بل المقصود التردى ويحتمل انه لاخلابة من جهة البائع لى يعنى اثبات الخيار لى حتى اتردى وادفع الغبن عن نفسى انكان فى هذا

جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر) هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بيناه قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع (ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة ره وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة يقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير

(قوله فلا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد (قوله كما اذا باع بالرقم الخ الرقم في الاصل الكتابة والختم والتاجر يرقم الثياب اى يعلمها بان ثمنها كذا والمراد من البيع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال او غيره بان ثمن الثوب كذا درهما ولا يعلم المشتري ذلك القدر فيقول صاحب الثوب او الدلال او غيره بعتك هذا الثوب برقمه فقال المشتري قبلت من غير ان يعلم مقداره ينعقد البيع فاسدا ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جائزا بالاتفاق ك (قوله وابو يوسف اخذ في الاصل اى في شرط الخيار بالاثر وهو ما روى ان ابن عمر رضى الله عنه اجاز الخيار الى شهرين وفي هذا اى في الزائد على ثلثة ايام في خيار النقد بالقياس لان القياس في شرط الخيار ما قاله ابو حنيفة رحمه الله وانما تركاه باثر ابن عمر ولا اثر ههنا فبقي على اصل القياس ك (قوله لان تمام هذا السبب بالمرضاة لما عرفت من قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا يتم الرضا مع الخيار لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع فانه لا يعمل الامع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه ف (قوله ضمنه بالقيمة وقال ابن ابي ليلى لا شئ عليه لانه امين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانا نقول البائع ما رضى بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء ك (قوله ولا نفاذ الخ يعني ان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فلا يلحقها الاجازة ع (قوله فيه القيمة اى في المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى ك

اعتباره بان كان قريبه فيفوت النظر قال (فان هلك فى يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امراته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها لماله من الخيار (وان وطئها له ان يردها) لان الوطى بحكم النكاح (الا اذا كانت بكرا) لان الوطى ينقصها وهذا عند ابى حنيفة (وقالا يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يردها) لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشترى بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشترى على المشترى اذا كان قريبا له فى مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشترى حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة فى المدة لا يجتزى به عن الاستبراء عنده وعندهما يجتزى ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك فى يده فى المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشترى لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشترى عبدا ماذونا له فابراءه البائع عن الثمن فى المدة بقى على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ فى مدة الخيار وله ان يجيز فان اجازه بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

(يجوز)

(قوله انه اذا دخله الخ اى اذا كان المبيع فى يد المشترى والخيار للمشترى فدخله عيب يمتنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا انه تعذر عليه الرد كما قبض سليما من العيب وكذلك فى الهلاك لانه لما اشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن رده كما قبضه فتم البيع وهو قائم فلزم الثمن المسمى بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان اشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضى به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فينفسخ ﴿١٥﴾ العقد ضرورة اذ لو لزم البيع فيه للزم بعد موته وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء ك (قوله امرأته قيد بشراء امرأته لان المشتراة اذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونها بكرا او ثيبا فى انه يكون مختارا للبيع بالوطى بالاجماع سواء نقصها الوطى او لم ينقصها ك (قوله بعد القبض فاما قبل القبض فيجب الاستبراء قياسا ولا يجب استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه لم يتقرر ك (قوله لارتفاع القبض الخ اى لان الوديعة لم تصح لعدم الملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع ع (قوله لصحة الايداع فصار هلاكه فى يد المودع كهلاكه فى يده لان يد المودع كيده عيني (قوله فابراءه الخ فان قيل اذا كان الخيار للمشترى لا يخرج الثمن عن ملكه بالاجماع فلا يملكه البائع ضرورة فكيف يصح ابراؤه قلنا فى القياس ان لا يصح ابراؤه لانه لا يملك الثمن فى الاستحسان يصح ابراؤه لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد ك (قوله ومن شرط الخ هذا بعمومه يتناول البائع والمشترى والاجنبى لان شرط الخيار يصح منهم جميعا عنايه (قوله لان التمليك بغير عوض تبرع والماذون له ليس مجازا بالتبرع ع

(قوله) وهو قول الشافعي) والشرط هو العلم، وإنما كنى بالحضرة عنه، له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه ولا نقول إنه مسلط كيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قال (وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار قال (ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري وجه الاستحسان أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما ونقض الآخر فالأسبق أولى) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا

قوله وإنما كنى بالحضرة عنه يعني ذكر السبب وأراد المسبب لأن الحضور سبب العلم عيني (قوله ولهذا) أي لأجل عدم توقفه على علم صاحبه (قوله كالوكيل بالبيع) فإن للوكيل أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائبا لأنه مسلط من جهة الموكل فكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه (قوله ولا يعرى عن المضرة) قيل لو لم يتفرد بالفسخ يلزم الضرر أيضا وهو أن يختفي الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى تمضي مدة الخيار فلزمه العقد ﴿ ١١ ﴾ ثم أراد فيتضرر من له الخيار إذا أبى بلزوم البيع قلنا إنما لزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه ك (قوله لأنه لا إلزام فيه) كأنه لا يلزم الآخر بإجازته شيئا لأن العقد لازم من جانب المشتري وعليه الخيار ك (قوله ولا تسليط الخ) فهو إنما يتمكن من الفسخ لأن العقد غير لازم في حقه وبفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بلا رضا صاحبه ولكن لا يتمكن بلا علمه وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لأنه مسلط على التصرف من جهة الموكل وتسليطه إياه على التصرف فوق علمه به ك (قوله ولو كان فسخ الخ) يشير إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة بل المراد به … المراد به (قوله والإرث فيما يقبل الخ) لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل الملكية صفة تنتقل من المورث إليه في الأعيان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل الملكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك حتى ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه وكم من بيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية المالك ع

قوله يعتبرهما أي يعتبر تصرف الموكل والوكيل ويجعل العبد مشتركا بين المشتريين بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء نقض البيع لتفرق الصفقة عليه نهاية قوله غير مفسد لقائل أن يقول هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا ع قوله أن يفصل الخ بأن قال بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمس مائة على أني بالخيار في أحدهما ثلثة أيام وهو فاسد لجهالة المبيع لأن من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولا ك (قوله أن يعين أي الذي فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف على أني بالخيار في هذا بعينه ثلثة أيام وهو فاسد لجهالة الثمن لأن من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده وثمنه مجهول لأنه ثبت بطريق الحصة بالتقسيم فصار كالذي لم يدخل تحت العقد أصلا ك (قوله ثوبين هذا من قبيل إطلاق اسم الكل على البعض مجازا لأن المشتري اشترى أحد الثوبين لا الثوبين على ما يذكره في الكتاب نهاية (قوله لجهالة المبيع لأن المبيع أحد الأثواب وهو غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع لتفاوتها في أنفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع ع (قوله لا يشترط الخ لأن عدم التمكن المتعلق عن المعادي به ليس بشرط في الأصل ع قوله أيهما كانت (وبوهلت)

فإن قيل ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلثة عند أبي يوسف رح لأنه أخذ بالقياس في قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما قلت قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الأثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط لأن في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الأثر الوارد في خيار الشرط واردا في خيار التعيين ك

ومحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما قال (ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلثة أيام فالبيع فاسد وإن باع كل واحد منهما بخمس مائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة أيام فهو جائز وكذا الثلثة فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه الاستحسان أن شرع الخيار لحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها للحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة أيهما كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والأول تجوز واستعارة

ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال (ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده) عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قال (ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن (وان شاء رده) وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه

(قوله وتعين الآخر الخ) حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء لان رده انما يكون اذا لم يكن مبيعا وهو في دعواه ذلك متهم وكان التعيب اختيارا دلالة فان قيل قبض الامر لا يكون اقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك يجب القيمة عند الهلاك اجيب بانه اقوى من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الامر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة ع (قوله له ان يردهما) لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتر وله شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده ع (قوله خاصة) لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه عنده ولا يثبت له استحقاق الشفعة واما عندهما فالمبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار المستقبل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها ع (قوله خيار العيب) يعني اشترى الرجلان عبدا ورضي احدهما بعيب فيه وكذلك خيار الرؤية بان اشتريا شيئا لم يرياه ثم رأياه فاراد احدهما ان يرد ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك ك (قوله اثباته لكل واحد الخ) وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما الا يرى ان توكيل وكيلين يثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الآخر ع (قوله ضرر زائد) انما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا للراد ايضا لكن لما لم يكن من الغير بل به لعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير اقطع من الحاصل من نفسه ع (قوله مرغوب فيه) احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار ع

(قوله كجهالة الوصف الخ فإن المشتري ثوبا مشارا إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم
العين وإن كان ثمة جهالة بسكوتها لا تفضي إلى النزاع ع (قوله وكذا إذا قال الخ تفريع على مسئلة القدوري
يعني كان له الخيار إذا لم يقل رضيت فكذا إذا قال رضيت ولم يره ع (قوله لا بمقتضى الحديث بخلاف الخيار
فإنه ثبت بمقتضى الحديث فلا يجوز إثباته على وجه يؤدي إلى إبطاله كالرد آنفا وفيه نظر لأن عدم
لزوم هذا العقد باعتبار الخيار ... بالرؤية ... ﴿ ١٤ ﴾ بالرؤية لا ... ملزومه لأن ما هو شرعه
المشروع ع (قوله فلا يعتبر الخ لأن الرضا استحسان الشيء واستحسان الشيء ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور الفسخ فإنما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات لإمكان عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لأن عدم الرضا قد يكون باعتبار عدم الحاجة إليه أو عدم احتياجه إلى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه ثمنه فلا يستلزم الاستقباح ع (قوله زوالا أي في جانب البائع وثبوتا أي في جانب المشتري حتى لا يزول ملك البائع إلا برضاه ولا يثبت الملك للمشتري إلا برضاه ك (قوله فلا يثبت دونه لأن الخيار إن ثبت للبائع فإما أن يثبت بما رويناه أو بدلالته أو بحديث آخر لا يجوز الأول لأنه معلق بالشراء فكيف يثبت في البيع ولم يرد حديث آخر في البيع فيوجب في معنى الشراء فيثبت به الحكم دلالة ك (قوله غير (لكونها) موقت الخ قيل خيار الرؤية مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط خياره لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فيتقدر به كالرد بالعيب والأصح عندنا أنه يبقى ما لم يوجد ما يبطله لأنه يثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا (قوله كالإعتاق فإن أعتق عبده الذي اشتراه ولم يره والتدبير ... قبل رؤيته ع

ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده فصار
كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه (وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده)
لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم أنه عقد
غير لازم لا بمقتضى الحديث ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق
فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال (ومن باع ما لم يره فلا
خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار
الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم
بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول
المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي أن عثمان بن
عفان باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك قد غبنت
فقال لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال لي الخيار
لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك
بمحضر من الصحابة ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله
وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم إن كان تصرفا
لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق
والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فيبطل
الخيار وإن كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من
غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد
الرؤية لوجود دلالة الرضا قال (ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب
مطويا أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والأصل في هذا
أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم
بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فإن كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل
والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان
أكثر مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وإن كان يتفاوت آحادها
كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل
فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير

(قوله فلا بد الخ) وفي المحيط والذخيرة وبعض مشايخنا قالوا في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود حتى انه اذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيت طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو فيه مقصودا كما في سمرقند وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه ك (قوله للتفاوت في الابنية) الدور بقلة مرافقها وكثرتها ع (قوله ونظر الوكيل) صورة الوكالة ١٥ ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع

ولو نظر الى وجه الصبرة كفاه لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالانموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لابد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لابد من رؤية الضرع وفيما يطعم لابد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال (وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر لابد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله ان يرده) قال معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس

او وكلتك بقبضه ع (قوله قال زفر الخ) لو كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك قيد المطلق بقوله معناه الخ ع (قوله وصار كخيار العيب) اي كمن اشترى شيئا ثم وكل بقبضه فقبض الوكيل معيبا راضيا بعيبه لم يسقط خيار العيب للموكل والشرط اي وصار كخيار الشرط كمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه راضيا لم يسقط خيار الموكل والاسقاط قصدا صورته ان الوكيل بالقبض اذا قبضه مستورا ثم رآه واسقط عنه الخيار قصدا لا يسقط الخيار عن الموكل ع (قوله وله ان القبض نوعان) تام بحيث لا يرد عليه النقض وهو ان يقبضه وهو يراه وهو يسقط الخيار لدلالته على الرضا وناقص بحيث يرد عليه النقض وهو ان يقبضه مستورا وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع خيار الرؤية ك (قوله واذا قبضه الخ) جواب عما يقال لا يتم ذلك من الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص [illegible] فاجاب بقوله واذا الخ ع (قوله فلا يملك الخ) لانه لم يفوض الى الوكيل الا الابطال قصدا وانما يثبت له الابطال مقتضى لتتميم القبض وههنا لما حصل القبض الناقص انتهى التوكيل به فليس بعد ذلك ابطال الخيار ع

قوله سقط خياره وقيل التشبيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل وبه نأخذ ع (قوله يوكل وكيلا الخ ولو وصف فقيل رضيت ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ع (قوله كيلا يكون تفريقا الخ وتفريق الصفقة حرام لما روي في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تفريق الصفقة على قبل ينبغي أن يكون في هذه الصورة ولا يرد أحد الثوبين الذي لم يره لقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله ﴿ ١٦ ﴾ الخيار إذا رآه قلت العمل بموجب قوله عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة أولى من حديث خيار الرؤية لوجوه أحدهما أن موجب قوله نهى عن تفريق الصفقة محكم في إفادة التحريم عن موجبه ثابت في جميع الصور وموجب قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره غير ثابت في جميع الصور ألا يرى أنه لا يملك الرد إذا تعيب أو أعتق أحد العبدين أو دبره فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحا أولا لأن قوله نهى محرم والمحرم راجح على المبيح أولا لأن قوله نهى عن تفريق الصفقة متأخر عن المبيح والا يلزم تكرار النسخ لما عرف ك (قوله وبعده يريد به إذا قبضه مستورا أما إذا قبضه وهو يراه يبطل خياره وتتم الصفقة ك (قوله وقد ذكرناه الخ من أن خيار الشرط لا ينتقل الا بنقل لأنه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية ع (قوله الا إذا كان الخ وإنما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن (باب) يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لأن الأمر وإن كان كذلك لكن انتفى الرضى حيث لا يعلم أنه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار ع (قوله وكذلك خيار الشرط أي ليس له أن يرد شيئا منهما بخيار الشرط إذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا أو وهب ع

وبشمه إذا كان يعرف بالشم وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في الشراء حتى يوصف له) لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلوة وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة رحمه الله لأن رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضى ويكون فسخا من الأصل (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به (وإن وجده متغيرا فله الخيار) لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها إلا من عيب وكذلك خيار الشرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به (وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله (والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول فلا بد من معاودته للرد قال (والبخر والدفر عيب في الجارية) لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لأن المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بخدمته قال (والكفر عيب)

(قوله باب خيار العيب) لأنه يمنع اللزوم وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه (قوله لا يقابلها الخ) لأن الثمن عين متكون فيقابل بالعين دون الوصف لأنه عرض غير متقوم فلا يقابل بعين متقوم ولأن الثمن لا يخلو إما أن يقابل بالوصف والأصل وفيه تسوية بين الأصل والتبع أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الأصل أو بالأصل دون الوصف وهو المرام ك (قوله في مجرد العقد) احترز به عما إذا صارت مقصودا بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع ﴿ ١٧ ﴾ قبل القبض فإنه يسقط به نصف الثمن لأنه صار مقصودا بالتناول أو حكما بأن يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري أو لحق الشرع بالجناية ك (قوله ودفع الضرر الخ) جواب عما يقال إن المشتري أيضا يتضرر حيث يأخذ المبيع المعيوب ش (قوله بدون تضرره) فإن قيل البائع إذا باع معيبا فإذا هو سليم فالبائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو إعدامه لهما أجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فأنزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وإن ظهر خلافه وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ع (قوله والبول الخ) في الإيضاح والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك فهو عيب ما دام صغيرا وكذا الإباق ك (قوله والسرقة وإن كانت أقل من عشرة دراهم عيب لأن السرقة إنما كانت عيبا لأن الإنسان لا يأمن من السارق على مال نفسه وفي حق هذا المعنى العشرة وما دونها سواء وهو عيب في السرقة لا يختلف بين أن يكون من المولى أو من غيره إلا في المأكولات فإن سرق ما يؤكل لأجل الأكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة ما يؤكل لا لأجل الأكل بل للبيع عيب من المولى وغيره ك (قوله حتى يعاوده) أي يعود ذلك العيب بعد البلوغ في يد البائع ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري

فيه لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لأنه زوال العيب وعند الشافعي يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب قال (فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال (وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لأنه امتنع الرد بالقطع لأنه عيب حادث فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه فإن باعه المشتري بعدما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه قال (ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى

(قوله لأنه زوال العيب) وزوال الشيء لا يكون إياه كما إذا اشترى معيبا فإذا هو سليم وعلى هذا ذكر الكفر فيما اشترى على أنه كافر للبراءة من عيب الكفر لا للشرط فإن وجده مسلما فقد [illegible] الوصف القبيح لا يمتنع ع (قوله ويعرف ذلك الخ لأنه لا يعرفها غيرها زيلعي (قوله هو الصحيح لأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط ع (قوله فتعين الرجوع بالنقصان لأن الجزء الفائت صار مستحقا للمشتري بالعقد وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصته من الثمن ولا يقال الفائت وصف فلا يقابله شيء من الثمن لأنه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن فإن قيل إن اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عند أبي حنيفة وهما قالا يرجع بالنقصان قلنا الفرق بينهما أن النحر إفساد للمالية لأنه صار بالنحر عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع ك (قوله لأنه رضي بالضرر فيتخير المشتري إن شاء رده وإن شاء رضي به وليس له أن يرجع بالنقصان بعدما رضي البائع به لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من أخذه زيلعي (قوله لحقه بخلاف ما إذا كان الامتناع لزيادة فيه لأن الامتناع لحق الشرع زيلعي (قوله لأن الرد غير ممتنع لأنه جائز بقول البائع كما كان له ذلك [illegible] العيني فلم يكن الرد ممتنعا برضاء البائع ع (قوله أو صبغه أحمر [illegible] الأسود [illegible] عند أبي يوسف [illegible] زيادة كالحمرة [illegible] نقصان كالقطع [illegible] (قوله لأن الزيادة ليست [illegible] فلا يرد [illegible] ما لم يرد عليه العقد ك

الاعتاق فكأنه لم يصر كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعندهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال (ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته قبل الكسر باللب (وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده) لان الكسر عيب حادث (ولكنه يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة

(قوله بمنزلته) لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة وحكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عند المشتري ك (قوله لانه انهاء للملك) لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به ع (قوله لا يوجد الا مضمونا) لقوله عليه الصلوة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل ع (قوله لانه لا يوجب الخ) اي ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه فيه ومن احد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان ع (قوله عندهما يرجع) وفي الخلاصة والفتوى على قولهما نهاية (قوله بفعل مضمون) لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار الملك المستفاد بالشراء فكذلك يصير له عوض سلم له ع (قوله فكذا الجواب) اي لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما اكل وما بقي لان الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض فصار كبيع البعض اي اذا باع بعضه ثم وجد به عيبا لا يرجع بالنقصان لا في المزال ولا في الباقي عنده لان المانع الرد في البعض حيث باع بعضه ك (قوله فان لم ينتفع به) اي لم ينتفع به اصلا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا للعلف قال الامام الحلواني هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع عليه بشيء ولا بنقصانه اصلا كالمرع اذا وجده مرا او منتنا اذا كانت مدرة ك (قوله ولا يعتبر الخ) جواب سؤال [illegible] ان التعليل يصح في البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب [illegible] يكون العقد صحيحا في القشر بحصته فلذلك يرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا ع

(او باباء يمين على ان يرده على بائعه) لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود هاهنا بيعان فسخ الثاني لا يفسخ الاول (وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه (فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال (ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده) والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة (فاذا اقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط) كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت

(قوله لانه فسخ فان قلت ان المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة وان كان الرد بالعيب بالبينة ولو كان فسخا من الاصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الاصل قلنا ان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى ك (قوله غاية الامر الخ هذا جواب سؤال بان يقال انه انكر البائع الثاني العيب فكيف يصح رده على بائعه بالعيب الذي انكره اذ ذاك مناقضة فاجاب عنه بانه ارتفعت المناقضة بتكذيب الشارع فيه في انكاره وفيه خلاف محمد ك (قوله وهذا بخلاف الوكيل الخ متعلق بمحذوف تقديره والبيع الاول قد تم بنفسه فلم ينفسخ بانفساخ الثاني بخلاف الوكيل الخ نهايه (قوله لا يفسخ الاول ولهذا لا يكون الرد على المشتري الاول ردا على بائعه ع (قوله ليس له الخ لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما بخلاف القاضي لان له ولاية عامة زيلعي (قوله سواء وذلك لانه لا يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله مع التيقن بوجوده عند البائع الاول فكان اولى ان لا يتمكن من الرد فيما يحدث مثله مع احتمال انه حدث عند المشتري ع (قوله وفي بعض روايات الخ والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء يعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه ع (قوله لانه انكر الخ فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صيغة الانكار تقتضي نفيا واليمين انما لاجل البينة (انسليم) بالحديث والجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا ع (قوله حيث انكر الخ لان حق المشتري في المسلم لا في المعيب ووجوب دفع الثمن اولا انما هو ليتعين حق البائع بازاء تعين المبيع فحيث انكر تعين حقه في المبيع فقد انكر علة وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار المعلول ع

التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلف المشائخ على قول أبي حنيفة لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ (قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري) لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما) لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا يرده خاصة) خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر قال (ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا إذا كان في وعاء

(قوله ولا يصير الخ) ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل تقوم على ما لا دعوى فيه أصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم ولا يكون المشتري فيه خصما إلا بعد إثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم وأما البينة فمشروعة لإثبات كونه خصما ع (قوله لا يوجب الخ) فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لأنه إذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق في يد البائع في الصغر ومثل هذا الإباق غير موجب للرد فيمتنع البائع عن الحلف حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد بسبب نكوله مع أنه ليس للمشتري ولاية الرد فيتضرر ن (قوله وقد ذكرناه) إشارة إلى (قوله قبيل باب خيار العيب إن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله ك (قوله له شبه الخ) من حيث أن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما أن العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد ع (قوله لما تعلق الخ) فكذا هنا لما تعلق تمام الصفقة بالقبض وجب أن يتعلق بقبض الكل لا ببعضه اعتبارا لحبس المبيع بسبب الثمن ن (قوله يرده خاصة) قيل هذا في شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين أما إذا لم يكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فإنه يردهما أو يمسكهما حتى قال مشايخنا إذا اشترى زوجي ثور فقبضهما فوجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة ك (قوله أنه تفريق الخ) وتضرر البائع إنما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكين من رد المعيب قبل قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لأنه يستلزم التفريق قبل التمام وأنه لا يجوز ع

واحد وإن كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لأنه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا إذا كان بعد القبض أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام (وإن كان ثوبا فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا (وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفا فليس برضا) أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدا منه إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد وأما إذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق) وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي إحداهما

(الرجوع)

(قوله حتى يرد الخ) كان الفقيه أبو جعفر يفتي به ويزعم أنه رواية عن أصحابنا رحمهم الله وقالوا لا فرق بين ما إذا كان في وعاء واحد أو وعاءين ليس له أن يرد البعض بالعيب وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وبه كان يقول شمس الأئمة السرخسي ك (قوله لا يضره التبعيض) وهذا هو الجواب عن أن يقال إذا كان المكيل والموزون كشيء واحد يجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق بعضه كما في الثوب الواحد والعبد الواحد نهاية (قوله وإن ركبها ليردها الخ) وإن

اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري لا بل لأردها عليك فالقول قول المشتري ن (قوله فلأنه سبب الرد) فيكون مضافا إليه ومقررا له ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف ك (قوله والحاصل أنه) أي استحقاق القطع أو كونه مباح الدم بمنزلة الاستحقاق عنده فإذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن فكذلك هنا وبمنزلة العيب عندهما فإذا ظهر عيب يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبدا قد وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع فيرجع بأرش النقصان من الثمن عيني (قوله لكنه متعيب) لأن الذي حلت يده أو دمه لا يشتري كالسمين (قوله عند تعذر رده) أما تعذر الرد في القتل فظاهر وأما في القطع فلأنه وجد في يد المشتري وهو حادث فلا يرده إلا برضا البائع ك (قوله مضافا الخ) وهذا لأن السبب الموجود عند البائع أوجب استحقاق القتل واستحقاقه أوجب وجوده ووجوده أوجب فوته فصار ذلك مضافا إليه بهذه الوسائط ك (قوله كما إذا قتل الخ) يعني إذا غصب عبد فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فقتص منه في يده ضمن الغاصب قيمته كما لو قتل في يد الغاصب ع

(قوله في الصحيح) وفي الرواية الاخرى لا يرجع لان حق الرد كالاستحقاق من وجه وكالعيب من وجه لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق يرجع عند الجهل ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم لانه انما جعل الاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به (قوله لان العلم بالاستحقاق الخ) قيل فيه نظر لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع هنا عيب لانه موجب لنقصان الثمن لكنه اجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته ﴿٢٣﴾ لا حقيقة لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم

الرجوع فيه بعض ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدا ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

(واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر) قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد

جميعا سواء كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب ان قوله وهذا عيب ممنوع لانه صرح بانه بمنزلة العيب او انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جنبة الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فجرى مجراه ع (قوله ولنا ان الجهالة الخ) بيان لنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذا اللفظ ويصح الابراء ما سقطت عنك ديني والجهالة الخ ع (قوله الموجود والحادث الخ) فان قيل لو باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث يفسد بالاجماع والذي يفسد تسميته كيف يدخل في مطلق البراءة قيل في المسيرة اذا باع كذلك يصح عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وفي المبسوط الرواية عن ابي يوسف رح وقيل ذلك صحيح

عنده ومن سلم قال هو لفظه يتناول الموجود ثم يلحق ما يحدث قبل القبض فيعارف يدخل تبعا ولا يجوز ان يكون مقصودا به (قوله تتناول الثابت) اي حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم ما يحدث ام لا واي مقدار يحدث ع (قوله البيع الخ) البيع محلى بلام فكان متناولا لجميع انواعه من المسلم والكافر وبيع الميتة والموقوذة جائز عند اهل الكفر وان كانت ميتة فيها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولم يعطه عندهما ثمن لا يبطل بجعله بيعا اوى ن

هذا إن شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا إعزاز له وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق قال (وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا عليه قيمتهما) وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الأموال وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد) لأنه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد) لأنه غير

(قوله كالدراهم والدنانير الخ) فسر الدين بهما لأنهما أثمان أبدا لأنهما خلقتا في الأصل ثمن الأشياء وقيمتها قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة فسر الثمن بالدراهم ك (قوله وإنما المقصود الخمر) وفي جعل ذلك ثمنا إعزاز له فسقط التقوم أصلا لئلا يفضي إلى ما في إعزازه فح يكون البيع باطلا ع (قوله فسقط التقوم أصلا) أي لم يظهر حكم التقوم في نفسه ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير لأن الثمن يثبت في الذمة بالعقد وثبوته في الذمة إنما يكون حكما للملك مقابلا بملك مال آخر فإذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فيبطل العقد أصلا وإذا قوبل بعين ظهر حكم التقوم في حق تملك العين فصار العقد منعقدا في حق العين ولم يصح تسمية الخمر في نفسه فيكون العقد فاسدا وتجب قيمة العين لأنه لا يملكه مجانا بل بعوض وقد تعذر مقابلته بذلك العوض إذ لا قيمة لذلك العوض فيصار إلى قيمة هذا العوض ضرورة والعقد الصحيح يقع مضمونا بالقيمة وكذلك الفاسد من العقود ك (قوله فبقي ذكر الخمر الخ) فلم يكن ذكر الخمر لعينه بل لغيرها وليس في ذلك إعزازها ولا إهانة ما أمر به فلا يكون باطلا (قوله لكونه مقايضة) المقايضة بيع العرض بالعرض سمي بها لتساوي العوضين في القيمة يقال هما قيضان أي متساويان ك (قوله لبطلان الأهلية الخ) يعني أن سبب الحرية لو لم يكن ثابتا في الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت والأول باطل لأنه يستلزم إهمال لفظه الذي هو محكم العتق إذ الإعمال أولى من الإهمال والثاني كذلك لأن ما بعد الموت (معذور) حالة بطلان الأهلية حتى قلنا إنه يعتق سببا بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية والموت ينافيها فتعينت الضرورة أي القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخير الحكم أي ما بعد الموت ع (قوله لازمة في حق المولى) لأن المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضاء المكاتب وإنما قيد بقوله في حق المولى لأنها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيز نفسه ع

(قوله إلا إذا إلخ) استثناء منقطع لأن المستثنى منه المأخوذ المنفي في الحظيرة والمستثنى نفسه ليس بداخل فيه ع
(قوله لعدم الملك) أي لم يملكهما صاحب الأرض بمجرد الاجتماع في ملكه ألا ترى أنه لو باض الطير فيها أو فرخت
لم يملكه لعدم الإحراز ... أي بهاية (قوله ولا بيع الحمل إلخ) الحمل ما في البطن والنتاج ما يحمل هذا الحمل وهو المراد من
حبل الحبلة في الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فأبطل ذلك الشرع ك (قوله ولا النتاج) هو في الأصل
مصدر نتجت الناقة بالضم وسكن ﴿ ٢٥ ﴾ أريد به المنتوج عموما. الحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى

مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم أطلقه فيه، ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز
إلا إذا اجتمعت فيها باختيارها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك. قال (ولا بيع
الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور
التسليم (ولا بيع الحمل ولا النتاج) لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولأن فيه
غررا (ولا اللبن في الضرع) للغرر فعساه انتفاخ ولأنه ينازع في كيفية الحلب
وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف
الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزيد من
أعلى وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في
موضع القطع وقد صح أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في
ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه
فيه فيما يروى عنه قال (وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكراه)
لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه
لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ولو قطع البائع
الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف
ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وإن شقهما
وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال (وضربة
القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه
غررا قال (وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا)
لأنه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها
بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص
كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي
يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن
يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع
المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه
فيكون برا مبتدأ قال (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة)
وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة

ع (قوله ولا اللبن في الضرع) الضرع على ... وهو الدمع كذا في الصحاح (قوله ولأنه ينازع إلخ) فإن المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ع (قوله وربما يزداد) أي ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه يبطل البيع (قوله لأنها تزيد إلخ) جواب عما يقال إن القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها وحاصل الجواب أن القوائم تنمو من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في أعلاها وتركت أياما يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن فالأعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه أما الصوف فإن نموه من أسفله فإذا خضبت الصوف على ظهر الشاة ثم تركتها حتى ينمو فالمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله ع (قوله في هذا الصوف) احتراز عن الصوف المجزوز فيجوز بيعه على

جميع الروايات عيني ك (قوله حيث جوز بيعه) لأنه من معلوم ممكن به مقدور التسليم بخلاف أطراف الحيوان لأنه
لا ينتفع بها إلا بعد الذبح فصار ... فيه مقصود ... عن ... موجبة ... زيلعي (قوله نهى عن بيع إلخ) قلت روي
مسندا ومرسلا روى الطبراني في معجمه عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع ثمرة حتى
تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع الحديث وروى ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن انتهى ت

اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع والاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه في موضعه قال (ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها) المراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى قال (ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي) لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري انتفى ولانه اذا عاد المشتري العجز عن التسليم ثم والمبيع ثم لا يصير قابضا في حق المشتري بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد عند اخذه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع هكذا يروى عن محمد قال (ولا يجوز بيع لبن امرأة

(قوله) يتساومان بأن البائع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وبادر المشتري بمعنى استام
(قوله) فاذا لمسها الخ اي ان احب المشتري الزام البيع لمسها بيده او وضع الحجر فيكون مشتريا لها رضي مالكها او لم يرض وان احب مالكها الزام البيع ينبذها اليه فيلزمه البيع وليس له الرد بعد ذلك
(قوله) تعليقا اي للتمليك بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البائع للمشتري اي ثوب انتبذت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب لمسته بيدك فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته ع (قوله) ولا اجارتها ولم يذكر انها فاسدة او باطلة وذكر في الشرب فاسدة حتى يملك الاجر بالقبض ن (قوله) فلانها عقدت الخ فعلم جواز الاجارة لمعنيين وقوعها في غير مملوك واستهلاك العين ن (قوله) على استهلاك عين مباح الخ والمستحق باجارة المنافع دون الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر حيث يجوز لكونه آلة للحضانة والظؤورة ك (قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فانه وان كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المآل فلذا جاز البيع ك (قوله) كذا ذكره الكرخي وذكر في موضع آخر ان هذا قول القدوري وقال الكرخي انما يدخل الشيء تبعا اذا كان من حقوقه كالشرب وهذا ليس من حقوقه ن (قوله يجوز كيف كان وعليه الفتوى اعتبارا بالعادة مشى في دود القز ابو حنيفة على اصله المذكور في بيع النحل وكذا محمد مر على اصله فقال بجوازهما واما ابو يوسف ففرق بين بيع النحل مع ابي حنيفة وفي بيع دود القز مع محمد فقال ما ظهر من القز ينتفع به في المستقبل وكان بمنزلة المهر بخلاف النحل ك

(قوله في قدح) انما قال في قدح لانه لو لم يذكر القدح لتوهم انه يجوز بيعه اذا كان في القدح واما لا يجوز بيعه كونه في الثدي كما هو الحكم في اللبن سائر الحيوانات انه اذا باعه وهو في الضرع لا يجوز واذا كان في القدح او في غيره من الاناء يجوز ك (قوله طاهر) ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احترازا عن الخمر وعما لا يتقوم في بيعه مع كونه طاهرا كحشرات الارض لعدم الانتفاع فانه لا يجوز بيعها لفوات وصف الطهارة في الخمر وفوات وصف التقوم في حشرات ﴿٢٧﴾ الارض (قوله اهانة له) فان قلت لم جعل البيع في لبن الآدمي

في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به) لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال (ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال (واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل بالبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين

دليل الاهانة وههنا دليل الاعزاز قلت الاعزاز والاهانة يتفاوتان بتفاوت محلهما كالاحراق اهانة في الآدمي اعزاز في الحطب ن (قوله فلا ضرورة) فان قيل انما يثبت ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء للضرورة ولا بأس لهم ان يصلوا معه وان كان اكثر من قدر الدرهم ن (قوله ولا الانتفاع الخ) روى عن محمد انه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روى ان النبي عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهاه ان يعود الى مثله في الاستقبال ك (قوله في قرون النساء) أي في اصول الشعر بتكثير وفي الذوائب بتطويل ك (قوله لانه غير منتفع به) فان قيل ينتفع بها ضرورة ما يتصل بالمسموعات ومثله يجوز كالثوب النجس اجيب بانها منفعة قليلة لم يزل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب ع (قوله بمنزلة السباع) لانه منتفع به حقيقة فكان منتفعا به شرعا اعتبارا بسائر السباع ك (قوله حتى يباع الخ) قالوا هذا اذا لم يكن على عظم الفيل واشباهه دسومة واذا كانت فهو نجس لا يجوز بيعه ن

(قوله وأما المسيل) أي رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهذا القيد لإخراج بيع رقبته من حيث إنه نهر أو أرض مملوكة فجاز بيعها ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى ع (قوله لأنه لا يدري الخ) هذا إذا لم يبين الطول والعرض فلا يجوز للجهالة وإذا علم حدوده وموضعه جاز ع (قوله وهو نظير الخ) أي هو غير جائز لمعنيين أحدهما أنه متعلق بالهواء فليس بمال وكان بمنزلة حق التعلي والثاني للجهالة لأن التسييل يختلف بقلة الماء وكثرته ك (قوله ووجه الفرق الخ) لما كان رواية ابن ﴿ ٢٨ ﴾ سماعة في جواز بيع حق المرور

المسيل أن الطريق معلوم لأن له طولا وعرضا معلوما وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان قال (ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما) بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول لا يجوز البيع الثاني) وقال الشافعي يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إن لم يتب ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى) لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون

ملحقا أي الفرق بينه وبين حق التعلي بين الفرق بينهما بقوله ووجه الفرق الخ ع (قوله يتعلق الخ) ظهر من هذا أن محل البيع إما الأعيان التي هي الأموال أو حق يتعلق بها وفيه نظر لأن السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى وهو مال ولا يجوز بيعه ع (قوله على الأصل الذي الخ) أي الأصل الذي ذكرناه وهو متفق عليه لكن ذكرنا ذلك المتفق عليه في وجه قول محمد في مسألة إذا تزوجها على دن من الخل فإذا هو خمر فلاتفاقهم على ذلك الأصل لم يقع الخلاف هنا في مسألة من باع جارية الخ ع قوله وهو المعتبر الخ أي المعتبر في أنهما جنسان مختلفان أو متحدان تفاوت الأغراض وتقاربها دون أصل المادة وإذا عرف هذا فإذا وقعت الإشارة إلى مبيع ذكر تسميته فإن كان ذلك مما يكون الذكر والأنثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل (ف) بانعدامه فإذا قال بعتك هذه الجارية فإذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي الأبلغ في التعريف من الإشارة وإن كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار إليه وينعقد بوجوده لأن العبرة إذ ذاك للإشارة لا للتسمية لأن المسمى موجود في المشار إليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار إليه فإذا باع كبشا فإذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه ع

(قوله إلا أنه طارئ) أي الفساد طارئ بوجهين أحدهما أنه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة إذ لم يشترط فيهما أن يكون فيه شراء ما باعه بأقل من الثمن الأول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض شراء ما باع بأقل والبعض شراء ما لم يبع فيفسد البيع فيما بيع ولا شك في كونه طارئا فلا يتعدى إلى الأخرى والثاني المقاصة وبيانه باعها بمائة ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسين فصار خمسون قصاصا بخمسين فبقي للبائع خمسون من الجارية الأخرى والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندهما وذلك لا شك في طروّه (قوله لا يقتضيه العقد) فإن مقتضاه أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى أن يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه (قوله ومن اشترى الخ) صورة المسئلة رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق مع مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه عشرة أرطال وقال البائع الزق غير هذا وزنه خمسة أرطال والسمن خمسة وتسعون رطلا (قوله فيكون القول قول المشتري) لا يتحالفان وإن اختلفا في الثمن لأن اختلافهما في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الزق والاختلاف في الزق لا يوجب التحالف لأنه ليس بمقصود ولا معقود عليه وكذا الاختلاف فيه ثبت تبعا لأن حكم البيع لا يحتمل الانفصال (قوله جاز الخ) ويؤمر بتصدق الثمن ويكره هذا التوكيل أشد الكراهة ويصير الملك للموكل ولو وكل النصراني نصرانيا يصح بالاتفاق وكذا في الذمي ولو وكل المسلم مسلما لا يجوز بالاتفاق وإن أقيل بالنصراني ولو وكل المسلم ذميا بهبة الخمر وتسليمها لا يجوز لأن أحكام العقد ترجع إلى الموكل فصار كالرسول كذا في النهاية (قوله أن العاقد الخ) يعني أن الوكيل إنما يملك التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا ولهذا يستغني عن الإضافة إلى الموكل ويرجع الحقوق إليه والحاجة إلى الموكل لانتقال حكم التصرف إليه والموكل أهل لانتقال ملك الخمر إرثا وصورة الإرث من أسلم النصراني وله خنازير وخمور ومات قبل تسييب الخنازير وتخليل الخمر وله وارث مسلم يملكهما

شراء ... للآخر قبل ... وهو فاسد عنده ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربا أو لأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لأنه إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وإن اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة قال (وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة إذا ثبت هذا

(قوله ويقيسه الخ) غير مستقيم فيما ذكر في المبسوط من تفسير الشافعي رح بيع العبد نسمة حيث قال من قال الشافعي رح لان الشراء بشرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها [illegible] وتفسيره البيع بشرط العتق فلا يصح قوله ويقيسه على بيع العبد نسمة لانه يلزم حينئذ قياس الشيء على نفسه (قوله نسمة) النسمة النفس من نسيم الريح ثم سميت بها النفس ومنها اعتق النسمة والله تعالى بارئ النسمة واما [illegible] ولو اوصى بان يباع عبده نسمة صحت الوصية فالمراد ان يباع ﴿ ٣٠ ﴾ للعتق اي لمن يريد ان يعتقه [illegible]

الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرنا وتفسير البيع نسمة ان يبيع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا (وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عم عن صفقتين في صفقة قال (ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد) لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان قال (ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد) والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منه والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء

واسنادها على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو معرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب (قوله ما ذكرنا من الحديث) والمعقول فالحديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة رح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد (قوله لانه) اي لان العتق منهي الملك لان الملك في بني آدم ثابت الى العتق والشيء بانتهائه يتقرر وتقرر الشيء مصحح له ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فعلم بعيب به رجع بنقصانه بخلاف ما لو باعه فاذا استهلكه قبله تقرر الفساد بوجود صورة الشرط دون الحكم فاذا اعتقه تحققت الملاءمة بحكم العتق وهو الانهاء [illegible] الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا بين ان يجيء [illegible] كما كان او ينقلب الى الجواز بالاعتاق (قوله في المبيع العين) [illegible] احترازا عن المسلم فيه في السلم فان المسلم فيه مبيع ولكنه ليس بعين فيصح الاجل (قوله فيليق بالديون) [illegible] لان الثمن غير [illegible] الاجل [illegible] الاجل اتسع المدة [illegible] يتمكن المشتري من تحصيل الثمن [illegible]

(قوله على ما مر) وهو قوله ولانه لو كان الخفة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن الخ ك (قوله ومن اشترى نعلا الخ) اراد بنعل الصرم وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه حذا النعل بالمثال قطعها به وحذا نعلا عملها شراك النعل من التشريك وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل في الغلة كذا في المغرب ك (قوله الى النيروز) الخ النيروز واصله النوروز معرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه حين كان الكفار يسمعون به فقال كل يوم لنا نوروز وهو يوم في طرف الربيع والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان ن (قوله لابتنائها اي لابتناء المبيع على المماكسة والمماكسة موجودة في هذا البيع عادة (قوله الى الحصاد الخ) الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس اصله الدواس من الدوس شدة وطء الشيء بالقدم فان الدياس في الطعام ان يوطأ بقوائم الدواب والقطاف بالكسر قطع العنب من الكروم والفتح لغة (قوله لانها اي لان هذه الاوقات تتقدم وتتأخر باختلاف الحر والبرد فليس لها وقت معلوم لانها من افعال العباد فتثبت بحسب ما يتيسر لهم ش (قوله لاختلاف الصحابة فيها اي في هذه الجهالات فمنهم من ذهب الى جواز البيع الى هذه الاوقات عائشة رضي الله عنها فالجواز منها كانت تجيز البيع الى العطاء وكان ابن عباس لا يجيز ونحن اخذنا بقول ابن عباس ثم قيل الجهالة اليسيرة هي ما كان الاختلاف في التقدم والتأخر واما اذا اختلف في وجوده كهبوب الريح كانت فاحشة (قوله لانه معلوم الاصل اي اصل هذه الاشياء معلوم الوقوع في حق الناس [illegible] حتى لو كفل الى هبوب الريح [illegible] (قوله ففي الوصف اولى لان الوصف [illegible] ك

حتى يكون نقل ميراث والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى الحمل لان الميراث لا يجري فيما ذكرنا (ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر (ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال (والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد) لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج) وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث يجوز لان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز) لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل (ولنا) ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه

قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد إن سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عمدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الأول إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأنه مجهول ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في أحكامه

(وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وقال الشافعي لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عنده لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور

(قوله فيهما) أي في الفصلين وهو الجمع بين العبد والمدبر والجمع بين عبده وعبد غيره ك (قوله كالميتة (فإن قيل) ينبغي أن يجوز العقد فيما ضم إليه لأنه مجتهد فيه كالمدبر فإن الشافعي رحمه الله قائل بحله قلنا أمر منه منصوص عليها ولا مسوغ للاجتهاد في مورد النص وهو قوله ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء بقوله ومن جمع بين وقف ومملوك صح في الملك في الأصح ك (قوله أن الحر الخ) يعني أن من جمع بين شيئين في العقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا للعقد على الآخر ولهذا لا يملك المشتري القبول في أحدهما دون الآخر والحر والميتة لا يقبلان البيع أصلا لأنهما ليسا بمال فيكون جعلا قبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلا شرطا للعقد على العبد والذكية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح فإنه لا يبطل ك (قوله صفقة واحدة فإن قيل إذا بين ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة فحينئذ لا يكون القبول في الحر شرطا في العبد قلنا إذا لم يتكرر الإيجاب تكون الصفقة متحدة وإن سمى لكل واحد من المبيع ثمنا وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطا لصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع ك (قوله في الأصح روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في النوادر خلافه وذلك غير معتمد عليه ن (قوله وكذا أم الولد الخ) وهذا بناء على أن جواز بيع أم الولد مختلف بين الصحابة فجوز علي كرم الله وجهه بيع أم الولد والباقون لم يجوزوه ثم أجمع المتأخرون على عدم جواز بيع أم الولد والأصح أن المتأخر يكون رافعا للاختلاف المتقدم عند محمد وعندهما لا يكون رافعا فلهذا يجوز بيعها بقضاء القاضي عندهما ك (قوله فكان هذا أي فكان قوله ردوا البيع إشارة إلى انعقاد البيع ونفاذه حتى يحتاجوا إلى الرد ك

(قوله ولان السبب الخ يعنى ان سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به والشئ اذا كان ضعيفا واهيا لا يترتب عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يؤكده كما فى الهبة فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب فى نفسه لا لمانع آخر ك (قوله والميتة ليست بمال الخ جواب عن قياس الشافعى المتنازع فيه على البيع بالميتة تقريره ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه (قوله فتخرج جنا وهو ما ذكر فى اول الباب ان المبيع هو المقصود فى البيع ﴿ ٣٣ ﴾ وفى جعل الخمر مبيعا مقصودا اعزاز له والشرع امر باهانته وترك اعزازه فكان بيع الخمر بالملاك (قوله وكذا القبض الخ يعنى يكتفى بسكوت الواهب وعلم بهبة الموهوب له عن القبض عينى (قوله فى مجلس العقد استحسانا توقف على المجلس لان القبض ركن فى باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول فى حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض ن (قوله البيع بالميتة الخ وجعل الكل باطلا لعدم المالية فى هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها ان كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان ع (قوله والريح بان قال بعتك هذا العبد بالريح التى تهب من مكان الجانب الشمالى وذلك المكان ملك له (قوله والبيع مع نفى الثمن اى فى رواية لانه اذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفى رواية العقد لان نفيه لم يصح لانه نفى حكم العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه

ادهو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض فى افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشئ آخر وهو ان فى الخمر الواجب هو القيمة وهى تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه فى مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فكذا القبض فى الهبة فى مجلس العقد صح استحسانا وشرط ان يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفى الثمن وقوله لزمه قيمته فى ذوات القيم ومثله فى ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال

(ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد فى صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم تتحقق المراضاة فى حق من له الشرط قال

(فان باعه المشترى نفذ بيعه) لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثانى ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثانى مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشترى فى الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان فى المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير

فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن

سكت عن ذكر الثمن ومرجع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض لان مطلق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت كان عوضه قيمته فكانه باع بقيمته ك (قوله لانه الخ اى لان المبيع مضمون بنفسه اى بماليته فى البيع الفاسد لان بقيمته واما البيع الصحيح فالمبيع مضمون فيه بالتسمية وهى الثمن (قوله صح بحضرة صاحبه عندهما وعند ابى يوسف بغير حضرته ايضا ن (قوله ويستويان لان كل واحد من تصرف الشفيع والمشترى فى مشروع غير موصوف بالفساد

(قوله لانها تفسخ الخ) ولم يذكر محمد من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر ان الفاسخ هو الذي يفسخ والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة ايضا فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا في الذخيرة والايضاح ك (قوله ولانها تنعقد الخ) اى لان الاجارة تنعقد على المنافع وهي تحدث شيئا فشيئا ففي وقت رد العقد كان الرد امتناعا من انعقاد العقد في المنفعة التي تحدث بعد الفسخ للضرورة فلا ﴿ ٣٤ ﴾ يكون فيه رفع العقد الثابت عبر

ثم تفسخ الاجارة لان البيع مقدم على الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال (وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند ابي حنيفة رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية (وقالا ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن) والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند ابي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال (وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء

(قوله حتى يرد الثمن) قال في النهاية اى القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا او قيمة ع (قوله كالرهن) فانه يصير محبوسا بالدين الا ان الراهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب ك (قوله كالراهن) فانه اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين عيني (قوله لانها تتعين الخ) وهل يتعين المقبوض للرد فهو على الروايتين وذكر البرهي في الجامع الصغير في البيع الفاسد انها تتعين اذا كان البيع الفاسد صريحا وان لم يكن صريحا لا تتعين ك (قوله حتى الشفيع اضعف فلهذا يحتاج الى الرضاء او القضاء ولا يورث بخلاف حق البائع ولهذا ثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضاء المشتري ويورث هذا الحق ولا يورث حق الشفعة وكذا حق البائع انضم اليه ﴿ وقدر ﴾ حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض بناء المشتري لحق الشفيع فلحق البائع اولى ك (قوله لا تتعينان الخ) معنى عدم التعين فيهما انه لو اشار المشتري اليهما بهذه الدراهم له ان يتركهما ويدفع غيرهما كما ان الثمن يجب في ذمة المشتري ن (قوله وهذا) اى الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين حيث لا يطيب الربح في الاول ويطيب في الثاني عيني

ولو دفع المدعى فى الدراهم بطريقه) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الثمن يعين بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

(فصل فيما يكره)

قال (ونهى رسول الله عليه السلام عن النجش) وهو ان يزيد فى الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تناجشوا قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان فى ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن فى المساومة واما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهى فى النكاح ايضا قال (وعن تلقى الجلب) وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادى) فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادى وهذا اذا كان اهل البلد فى قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا فى الثمن الغالى لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك لا بأس به لانعدام الضرر قال (والبيع عند اذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه فى كتاب الصلوة قال (كل ذلك يكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة قال (ولا بأس ببيع من يزيد) وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبى عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا) والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبى صلى الله عليه وآله وسلم لعلى غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان فى بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد

(قوله فيما يكره) قيل المكروه ادنى درجة من الفاسد لكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به واخر عنه ولتحقيق ذلك ما ذكر فى اصول الفقه ان القبيح اذا كان لامر مجاور كان مكروها وان كان لوصف متصل كان فاسدا ع (قوله عن النجش) هو بفتحتين وروى بالسكون هو ان تستام السلعة بازيد من ثمنها ولا تريد شراءها بل ليراك الآخر فيقع فيها وكذا فى النكاح وغيره ك (قوله وهو ان يزيد الخ والنهى فيما اذا طلب الراغب بمثل ثمنها واما اذا ﴿ ٣٥ ﴾ طلب بدون ثمنها فلا بأس ن (قوله وعن تلقى الجلب) جلب الشئ جاء به من بلد الى آخر للتجارة جلبا والجلب المجلوب ك (قوله وهذا اذا كان الخ) صورته المصرى اخبر بمجئ قافلة بطعام واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه على ما اراده ع (قوله وعن بيع الحاضر الخ) صورته ان الرجل اذا كان له طعام وعلف واهل المصر فى قحط منهما وهو لا يبيعهما من اهل المصر حتى يتوسعوا ويبيعهما من اهل البادية بثمن غال وهم يتضررون بذلك فهو مكروه ن (قوله فقد قال عليه السلام الخ) اخرج البخارى عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر لباد انتهى فاللام بمعنى من كذا فى النهاية ويحتمل ان يكون اللام على اصلها والمعنى نهى ان يتولى المصرى عمن جاء بمال من خارج المصر ويكون له سمسارا ويبيع هذا المصرى للبادى وهذا ليغالى فى القيمة فان البادى المسافر لا يقف على عادات اهل المصر فى المعاملات مولانا حافظ محمد عبد الحليم نور الله مرقده (قوله على بعض الوجوه ٣٠ يعنى اذا قعدا او وقفا قائمين لاجل البيع واما اذا كان يمشيان ويبيعان فلا بأس بذلك ك (قوله وقد ذكرنا الخ) وهو قوله والمعتبر هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال ك (قوله والاصل فيه الخ) وجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثانى تكرر الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالرد على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لاضافته الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز ان يقع ذلك بالهبة ع

(قوله بالقرابة الخ فان قيل اليس ان الحربي اذا دخل دارنا بغلامين اخوين صغيرين بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا بأس بالشراء منه وان كان فيه تفريق فلما لانه لو لم يشتر منه لعاد به الى دار الحرب وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق ك (قوله ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي ان يجوز لان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء كما لو كانا كبيرين وكما في غير بني آدم فان قلت قد ذكر المعنى المعقول وهو قوله ولان الصغير يستأنس الخ فكيف يصح الدعوى بعد ذلك انه مخالف للقياس قلت لابد ان يكون ورود النص موافقا للمعنى المعقول الا انا لما لم ندركه من حيث الظاهر الذي هو يسمى بدليل القياس سميناه خلاف القياس ب (قوله لما ذكرنا اي من ان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ك (قوله فان فرق الخ اطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث او الغنائم او الهبة او غير ذلك ع (قوله كراهة الاستيام اي السوم على سوم اخيه وقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ادرك محمول على طلب الاقالة او بيع الاخر ممن باع احدهما منه ك (قوله ليس في معنى الخ لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس احدهما بالآخر بل يتأذى احدهما من الآخر باحسان السيد الى احدهما ك (قوله ولان العقد حقهما في جميع الاحوال منقولا كان المبيع او غيره منقولا مقبوضا او غير مقبوض عنى (قوله ويرد الخ لان الاقالة رفع العقد الاول فيكون على الوجه الذي انعقد ابتداء (قوله فسخ في حق المتعاقدين ولهذا بطل ما شرطاه من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه و لو باع البائع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض ع

وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولابد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال (فان فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام (وان كان كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عم من اقال نادما بيعته اقال الله عثراته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فتبطل وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل لمحمد ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا

(قوله بخلاف البيع الخ متعلق بقوله لتعذر الفسخ على الزيادة اى يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر البيع بالزيادة، اذا باع درهما بدرهمين في البيع يفسد بثبوت درهم زائد ولا يجعل كانه باع درهما بدرهم ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات ما لم يكن ثابتا فيتحقق الربوا ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها رفع ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ما كان محال ك (قوله الا ان اشارة الى قوله يتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله من غير زيادة ولا نقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان رفع عين ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكانت الاقالة على السواء فكذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة ك (قوله جازت الاقالة جواب الكتاب مطلق من ان يكون حط الثمن بمقدار حط العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه اولا ع (قوله فهذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول قياس المختلف على المختلف والاول غير ناهض لان ابا يوسف انما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا ع (قوله يمنع صحتها لان شرط صحة العقد قيام العقد لانها رفع العقد فتقتضى قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلكت الثمن ك (قوله المرابحة الخ البياعات بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهى التى لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضيعة وهو البيع باقل من الثمن الاول ومنها المرابحة والتولية وقولنا بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف ك (قوله بالعقد الاول اى بما ملكه لان من غصب عبدا وابق العبد من يد الغاصب وقضى القاضى بالقيمة ثم عاد العبد فللغاصب ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التى اداها الى مالكه ك

في حق الثالث امر ضرورى لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا ولا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابى يوسف وعند محمد جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند ابى يوسف لانه هو الاصل عنده وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابى حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيناه ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول فسخ عند ابى حنيفة ومحمد وكذا عند ابى يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منه) لان رفع البيع يستدعى قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن (فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقى) لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا والله أعلم بالصواب

﴿ باب المرابحة والتولية ﴾

قال (المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع

من المبيع لان الغبى الذى لايهتدى فى التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكى المهتدى ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له النبى صلى الله عليه وآله وسلم ولنى احدهما فقال هو لك بغير شئ فقال عليه السلام أما بغير ثمن فلا قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهى مجهولة (ولو كان المشترى باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشئ من المكيل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح ده يازده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال (ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار ولان كل ما يزيد فى المبيع او فى قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد فى العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة فهو بالخيار عند أبى حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة فى التولية اسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما) لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابى يوسف ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط فى التولية

(قوله والاحتراز عن الخيانة حتى اذا اشترى الى اجل ليس له أن يبيعه مرابحة الا بالبيان ك (قوله وعن شبهتها) وعن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة فى ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فيشبه الخيانة كما تحرم المجازفة فى الاموال الربوية لذلك (قوله من يملك الخ صورته أن يشترى رجل عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم أن بائع العبد باع الثوب آخر فمشترى العبد باع العبد من الذى ملك الثوب بذلك ﴿ ٣٨ ﴾ الثوب وبربح درهم أو قفيز حنطة مثلا ك (قوله ويقول الخ واذا اشترى الرجل متاعا ثم رقمه باكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه جاز ولا يقول قام على بكذا ولا اشتريته فان ذلك كذب ولكن يقول رقمته فانا أبيعه على ذلك ن (قوله وبخلاف اجرة التعليم الخ فانه اذا انفق على عبده فى تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال وكذلك الشعر والغناء والعربية وأجر تعليم القرآن والحساب الا اذا كان فيه عرف ظاهر بالحاقه كان له أن يلحقه لان زيادة المالية باعتبار معنى فى المتعلم وان كان لا يحصل التعليم الا ان التعليم أثر الامرين وجودا وأنه حصل بفعل مختار فيكون حصول الزيادة مضافا اليه لا الى التعليم واجرة السمسار تضم ان كانت مشروطة فى العقد بالاجماع وان لم تكن مشروطة بان كانت مرسومة فاكثر المشائخ على انها لا تضم ومنهم من قال تضم والبرح الذى يؤخذ فى الطريق لا يلحق ﴿ قدير ﴾ برأس المال قال زفر ولو كان فى موضع جرت العادة فيه بين التجار بالحاقه برأس المال يلحق به ايضا وفى المبسوط فى الحاق شئ برأس المال المعتبر العرف الظاهر وما عمل بنفسه من قصارة او خياطة أو ما اشبه ذلك من الاعمال لا يضمه الى رأس المال ك (قوله فان اطلع الخ باقرار البائع او بالبينة وفى المبسوط وبنكوله عن اليمين ن (قوله كوصف السلامة أى كوصف سلامة المبيع فاذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب عيبى

قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأنه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الأخير) صورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث ولأبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره قال (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لأن في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول قال (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر

(قوله لا تبقى تولية لأنها تكون بالثمن الأول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الحط ع (قوله بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص عنه مقدار العيب ع (قوله منقطع الأحكام عن الأول لأن الشفيع إذا سلم الشفعة في العقد الأول فله الشفعة في العقد الثاني ك (قوله بعدما كان على شرف السقوط بأن يجد المشتري بالثوب عيبا فيرده ويسترد منه كل الثمن ويبطل حقه في الربح وبالشرى ثانيا وقع الأمن عن البطلان فالمستفاد بالشراء الثاني الثوب وتأكد الربح الأول وللتأكيد شبه بالإيجاب حتى غرم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق إذا رجعوا لأن شهادتهم أكدت نصف المهر الذي كان على شرف السقوط بالردة وتمكين ابن الزوج وبيع المرابحة يمتنع بالشبهة كما يمتنع بالحقيقة ك (قوله وعليه دين الخ إنما قيد بالدين المحيط برقبته لأنه لو لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاه شيئا فإنه لا يصح فإن هذا البيع لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف وكذا إذا كان عليه دين لا يحيط بماله لأنه لا يمنع ملك المولى بالإجماع لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولو كان محيطا بماله دون رقبته فباع من المولى شيئا صح البيع ولكن فيه شبهة العدم أيضا فلا يبيعه المولى مرابحة بثمن الذي اشتراه به من العبد لأنه لما لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين يحيط برقبته مع أنه أجنبي عن كسبه فلأن لا يجوز عليه دين محيط بماله دون رقبته أولى فظهر أنه إنما قيد بقوله وعليه دين الخ ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الأولى ك (قوله لجوازه أي لجواز العقد لقيام الدين مع وجود المنافي للجواز وهو كون العبد ملكا للمولى فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه وكذا في الشراء عين

(قوله من استفادة الخ) لان بتسليم رب المال ماله الى المضارب انقطعت ولايه رب المال عن ملك التصرف فيه وبالشراء تحصل ن (قوله ففيه شبهة العدم) لما قال زفر ان البيع تمليك المال بالمال وانه مفقود ههنا (قوله فاعتبر الخ) يعني ان المضارب لما كان وكيلا عنه وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه فصار بيع المضارب من رب المال كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فأما درهما ونصف فحق المضارب ولا شبهة في أصل الثمن فلهذا يبيعه مرابحة على اثني عشر ونصف ك (قوله لان الاوصاف الخ) فان قيل كما ان اجزاء المبيع وصف فكذلك الاجل يقال ثمن مؤجل وثمن حال كما يقال مبيع سليم ومعيب فكيف وجب بيان وصف الاجل فيه على ما يأتي قلنا جوابه ايضا يأتي وهو ان الاجل له قسط من الثمن ن (قوله وهو قول الشافعي) بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية او بصنع العباد ع (قوله فأما اذا الخ) راجع الى اول المسئلة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول أبي يوسف والشافعي (قوله لم يبعها الخ) أي اذا كان بأمر المشتري فانه كفعل المشتري بنفسه وأما اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه فيمتنع المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقد قال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأها الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فيقام مقامه ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط ع

فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضي بجوازه عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح

قال (ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين) لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي (فأما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فأخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين) والمعنى ما بيناه قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل) لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن (فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرنا وعن أبي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه

﴿ولان الثمن﴾

(قوله وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس) يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله بمعنى على تقدير الابتداء واما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد بخلاف ما اذا باع الى الحصاد واسقط الاجل قبل الحصاد لانه لم يتقرر ولانه ليس في صلب العقد وهذا في صلب العقد كذلك (قوله فصل وجه ايراد هذا الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها عقب باب المرابحة اعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية ع (قوله ما ينقل اى ينقل ويحول وهو المراد بقوله ويحول وفسره به لئلا يتوهم انه احتراز عن المشرع (قوله لم يجز له بيعه قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع المسئلة على الاتفاق فان عند محمد يجوز الهبة والصدقة قبل القبض وابو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع قبل القبض لا يجوز فالهبة اولى (قوله اذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع وعاد الى قديم ملك البائع ويكون المشترى بائعا ملك غيره ومتى قبض يتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه وقبل القبض لا يدرى ايتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه ام ينفسخ فيصير بائعا ملك غيره فلا يصح لتمكن فيه غرر فكان باطلا بخلاف البيع الاول لانه لا يتمكن فيه هذا الغرر لانه متى لم يقبض المشترى وانفسخ البيع بالهلاك او قبض وتم البيع يكون البائع في الحالين بائعا ملكه لا ملك غيره بخلاف ما نحن فيه ك (قوله ولا غرر فيه فيصح اعتقد للمقتضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ع (قوله نادر حتى قال بعض اصحابنا في موضع لا يؤمن عليه ذلك لا يجوز عنده كما في المنقول وجوابه في موضع لا يخشى عليه ان تصير بحرا او يغلب عليه الرمال ن

لان الثمن حل قال (من ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فان اعلمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

(فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول)

لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشترى منه ان يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبى عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لانه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابى حنيفة لانه لا تحل له الزيادة

(قوله مقدر) سواء كان الثمن مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع الا بدرهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا ع (قوله ان يريد الخ) اذا اشترى عبدا بمائة ثم زاد عشرة مثلا او باع عبدا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز ع (قوله لانه يصير ملكه عوض ملكه) لان المشترى ملك المبيع بالعقد المسمى من الثمن قبل الزيادة فلو زاد فى الثمن مع ذلك كانت الزيادة لاجل ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز ن (قوله فلا يمكن اخراجه) اى اخراج بعضه فلو اخرج بقى

على المشروط قال (والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز) لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع

قال (ويجوز للمشترى ان يزيد للبائع فى الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشترى فى المبيع ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعى لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقط الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشىء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل فى الزيادة ويباشر على الباقى فى الحط وفى الشفعة حتى يأخذ بما بقى فى الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما فى الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشىء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال (ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا) لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (الا القرض) فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة فى الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبى ومعاوضة فى الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما فى الاعارة اذ لا جبر فى التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا

بعض المبيع بلا عوض وذا لا يجوز ولانه يمكن ان يجعل الباقى فى مقابلة الكل لانعقاد العقد بذلك (قوله بتغيير العقد الخ) لان البيع شرع خاسرا ورابحا وعادلا والزيادة فى الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة فى المبيع ع (قوله او شرطاه بعد العقد) بان عقدا عقدا ثم شرطا الخيار بعده فقد غير العقد صفة اللزوم الى غيره ك (قوله ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع) يعنى الزيادة فى الثمن وفى البدلى واما الزيادة فى المبيع فجائزة بعد الهلاك لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة فى الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وهو ليس بقائم ك (قوله على ظاهر الرواية) وروى الحسن عن ابى حنيفة انه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ع (قوله لانه بحال الخ) فان الهالك لا قيمة له فاخراج البدل عما يقابله بلا ثمن ولا كذلك الزيادة فى الثمن بعد هلاك المبيع ك (قوله يمكن الخ) يعنى لا يمكن اثبات الثمن بمقابلة الهالك ويمكن اسقاطه بمقابلة الهالك لان الحط يلائم الهلاك ن (قوله وقد ذكرناه من قبل) اى فى آخر باب البيع الفاسد وهو ان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وفى تاجيل الثمن كما فى الحصاد والدياس بخلاف الجهالة فى البيع الى اجل مجهول حيث لا يصح وان كانت الجهالة يسيرة ك

(قوله بمنزلة الوصية حيث تلزم والجامع معنى التبرع بالمنافع ك (قوله باب الربا لما فرغ عن ذكر أنواع البيوع التي أمر الشارع بها شرعتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا فإن النهي يعقب الأمر وهذا لأن المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربا ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئا في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد إلا الاجتناب عن الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربى المال أي زاد ويقال ربوي بكسر الراء ومنه الأشياء الربوية وفتح الراء ذكره في المغرب ع (قوله محرم لقوله تعالى وحرم الربا وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمسا من العقوبات أحدها التخبط والثاني المحق والثالث الحرب والرابع الكفر والخامس الخلود في النار وذلك آية نهاية حرمته لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان يمحق الله الربا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ك (قوله بإجماع القائسين احترازا عن أصحاب الظواهر لأنهم لا يرون القياس حجة فقصروا حكم الربا على الأشياء الستة ك (قوله والمساواة مخلص أي يتخلص عن الحرمة بسبب المساواة فليس الحرمة عند ذلك ك (قوله لبقاء الأموال الخ إذ الأموال إنما تبقى أموالا ما دامت لها أثمان لأن ما لا يبذل الثمن بمقابلته لا يكون مالا ككف من تراب ونحوه فالأموال سبب بقاء الأنفس بوصف أنها ما كونه أو وسيلة إليه ك (قوله ولا أثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لثبوتهما في خطير ومهان ولكن الحكم لا يثبت إلا عند الجنسية فجعلناها شرطا لا علة ك

وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربا

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لأموال الناس عن التوى أو تتميما لفائدة الاتصال بالتسليم ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتا عرفا أو لأن في اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره إذا ثبت هذا نقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب وزنا بوزن

(قوله وان تفاضلا) على التغليب والمراد فضل احدهما على الآخر (قوله فهو في حكم الحفنة) حتى لو باع خمس حفنات بست حفنات وهي لم تبلغ تحت نصف صاع جاز ثم هنا دقيقة وهي ان المكيلات يجوز بيعها فيما دون نصف صاع من غير اعتبار التسوية فيما اذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت المعيار اما اذا كان احدهما لا يبلغه والآخر يبلغ فلا يجوز وقالوا بيع الحفنة بقفيز لا يجوز (قوله ولو تبايعا) اي تبايعا ربويا بوزني وهو ما كولا ومشروب كالجص والحديد ﴿ عه ﴾ والنقل لا يجوز الا وزنا بوزن في قولهم جميعا عندنا لوجود الوزن وعنده لوجود الطعم ك (قوله الجنس بانفراده الخ) ليس للتخصيص فانه كذلك الكيل والوزن وحاصله ان وجود احد وصفي الربا لا يحرم النساء عنده فهو يكره حرمة النساء (قوله وهي مانعة) وهذا لان كل حكم يتعلق بوصفين مؤثرين لا يثبت بحصول العلة الا بهما فلكل واحد منهما شبهة العلة فيثبت لشبهة العلة شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته (قوله فاذا اختلفا) لاتفاق لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فيجمعهما الوزن لان اطلاق الوزن عليهما باشتراك لفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة ع (قوله صورة ومعنى الخ) على طريق اللف والنشر المرتب فنظير الصورة ان الزعفران يوزن بالامناء وهذا بالسنجات والمعنى ان ذلك معين وهذا لا والحكم انه يجوز التصرف قبل القبض في هذا دون ذلك ك (قوله اقوى من العرف) لان العرف يحتمل ان يكون على الباطل واما النص بعد ثبوته لا يحتمل ولان العرف حجة على الذين تعارفوا لا من لم يتعارفوا والنص حجة على الكل (قوله لان النص الخ) اي لان النص بالكيل في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان لمكان العادة فيه فكانت العادة هي المنظور اليها ك

(وان تفاضلا لم يجز) لتحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربا الا مثلا بمثل) لاهدار التفاوت في الوصف (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال (وكل شئ نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت

﴿ اي المنظور ﴾

(قوله وقد بدلت) والجواب عنه ان تقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا فى ذلك بمنزلة النص عنه فلا يتغير بالعرف لانه لا يعارض النص ك (قوله لتوهم الخ) فشرط الجواز فيهما المماثلة فى الكيل والوزن ولم يعلم ك (قوله الا انه يجوز الخ) وهو رواية الطحاوى عن اصحابنا رحمهم الله وروى الحسن عن اصحابنا رح انه لا يجوز لانه مكيل بالنص والفتوى على الاول لعادة الناس ك (قوله لوجود الاسلام الخ) فان المماثلة فى الوزن ليست بمعتبرة فى المسلم فيه انما المعتبر ﴿٤٥﴾ فيه هو الاعلام على وجه ينفى المنازعة فى التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن ع (قوله الرطل) بالكسر والفتح لغة نصف منا وعن الاصمعى هو الذى يوزن به او يكال به وقال ابو عبيدة وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة ك (قوله فهو وزنى) فائدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا فى الكيل متساويا فى الوزن يجوز وذكر فى المبسوط كل شئ وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال المراد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن ن (قوله لانها قدرت بطريق الوزن) لانه يشق وزن الدهن بالامناء لانه لا يستمسك الا فى وعاء وفى وزن كل وعاء حرج فاتخذت الاواقى لذلك تيسيرا بخلاف سائر المكاييل ك (قوله بخلاف الخ) متصل بقوله لانها قدرت بطريق الوزن حيث لم يقدر المكاييل بطريق الوزن فالاعتبار فى المكاييل الكيل ن (قوله هاء وهاء) اى خذ وهات يعنى بيع الفضة بالفضة يقال فيه هاء وهاء اى يقول كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء فيتقابضان ك (قوله وماسواه) اى ماسوى الصرف من العقود الواردة على الاموال الربوية ك (قوله خلافا للشافعى فى بيع الطعام) ذكر لفظ الطعام مطلقا ليتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس او اتحد بان باع كر حنطة بكر حنطة او بكر شعير او تمر وافترقا من غير قبض فانه يجوز العقد عندنا وعند الشافعى لا يجوز نهايه

من الحنطة بعينها وقد سميت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام فى الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام فى معلوم قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزنى) معناه ما يباع بالاواقى لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه فى المجلس) لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء ومعناه يدا بيد وسنبين الفقه فى الصرف ان شاء الله تعالى قال (وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعى فى بيع الطعام) له قوله عليه السلام فى الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا فى المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعى يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما) عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ فى نقضه فى حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كان بغير اعيانهما لانه كالئ بكالئ وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده

يحرم النساء قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة) وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه رطب اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال (وكذلك العنب بالزبيب) يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل

(قوله لكن الكيل الخ فان قيل الحرمة في الربوا حرمة موقتة الى غاية وجود المساواة فلو يثبت الحرمة فيه من هذا الطريق كانت الحرمة المطلقة لا تنتهي ابدا فكان على خلاف ما اقتضاه النص في الاصل وهو قوله عليه السلام لا تبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء وهذا فرع ذلك فيجب ان يكون على وفاق الاصل قلنا الحرمة المتناهية في الربوا هي حرمة حقيقة الفضل فان تلك الحرمة تنتهي بالمساواة واما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل فغير متناهية الا ترى ان حرمة النساء حرمة لشبهة الفضل لا تنتهي الى غاية ولا تنتهي بالمسوى بل تبقى الى ان يبقى النساء فكذلك ههنا يبقى الحرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم امكان المساواة ك (قوله ويجوز الخ وعند الشافعي لا يجوز لانه لا يعتدل في المعول تحت الكيل اذ هو ينكبس قلنا المجانسة بينهما قائمة من كل وجه والاتفاق في القدر ثابت فبيان المجانسة ظاهر واما بيان الاتفاق في القدر ان الدقيق كيلي فان الناس اعتادوا بيعه كيلا ولهذا اجاز السلم كيلا وحكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة ك (قوله لقيام المجانسة اذ السويق اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالدقيق ولا بيع الحنطة بالسويق فكذا بيع اجزائهما بل هذا اولى لتقرر المجانسة فيهما ك (قوله لاختلاف المقصود لانه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والاطرية ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق انما يلت بالسمن او العسل فيؤكل ن (قوله بلحم من جنسه بان باع لحم الشاة بالشاة ولو كانا مختلفين بان باع لحم البقر بالشاة وما اشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما يجيء في اللحمان المختلفة ن (قوله باع الموزون بما ليس بموزون فهما جنسان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك واجيب بان النسيئة اذا كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كان في ابدال الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

(قوله ان التفاوت الحاصل ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد من البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهي لا تتبدل ع (قوله والكفرى عددي الخ هذا جواب عما يقال الكفرى لما لم يكن من جنس التمر وجب ان يجوز الاسلام في الكفرى اذا جعل التمر رأس المال فاجاب بان الكفرى عددي متفاوت فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة ك (قوله وفي المغرب الزيتون من العضاة ويقال لثمرة الزيتون ايضا ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير او للخل قبل ان يتغير شيرج ايضا وهو تعريب شيره ك (قوله لا يجوز فان قلت ان الاصل في البيع الجواز فلا يترك الاصل بالشك قلنا الفساد بالوجهين وهو ما اذا كان الدهن الخالص مثلا او اقل والحكم للغالب ل (قوله كالحقيقة ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم في شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود الدر والنسل والاسامة وانما يعتبر المجانسة فيما في الضمن اذا كان مقصودا كما في الزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج الا ترى ان اللحم في الحيوان وان كان موجودا حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتى لو اخذ قطعة من لحم الحيوان لا يحل بدونها وعرفنا ان مقصود اللحم حاصل بالتبع حكما فلا يعتبر قبله ك (قوله ويجوز الخ وقال الشافعي لا يجوز لان المقصود من اللحم التغذي والتقوي واختلاف المقاصد بعد ذلك يرجع الى الوصف ونحن نقول اللحم فرع اصول مختلفة واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة والاتحاد في التغذي اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات ولا معتبر الاتحاد في المعنى الخاص

وابو حنيفة يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما وجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله. والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة

قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير) لان عند ذلك يعرى عن الربا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

قال (ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي قال (وكذلك البان البقر والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال (وكذا خل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد (وكذا شحم البطن بالالية او باللحم) لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة

(قوله انه لاخير فيه اى لايجوز على وجه المبالغة لانه نكرة فى موضع النفى فتعم جميع جهات الخير (قوله جاز ايضا لانه اسلم موزونا فى مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره ع (قوله جائز... الناس لكن يجب ان يحفظ وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذى سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ع (قوله) وهذا اذا كان الخ لانه ح لايتحقق البيع فلا يتصور الربوا به ك (قوله) لهما الاعتبار بالمستامن الخ اى يتحقق الربوا من المسلم والحربى الذى دخل دارنا بامان فى دارنا فكذلك فى دارهم والجامع تحقق الفضل الخالى عن العوض المستحق بالعقد (قوله) منزلا المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بعياله والبيت اسم المسقف واحد ذو دهليز والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكانت الدار اعم من اختيها لاشتمالها عليهما فاستتبعت العلو ذكر الحقوق اولاك (قوله) وقيل فى عرفنا الخ اى قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل اى سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الا دار السلطان فانه تسمى سراى ك (قوله) ولا يخلوا عن علو وفيه نظر لان العلو وعدمه لم يكن له مدخل فى الدليل ونقل معناه ان البيت فى عرفنا لايخلو عن علو وانه يدخل فى عرفنا مكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالمعروف ع (قوله ولايدخل الظلة الخ الظلة هى الساباط الذى يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات فى السكة ومفتحه فى الدار وذكر فى المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة التى فوق الباب ك

وعن ابى حنيفة انه لاخير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابى يوسف وعليه الفتوى وكذا السلم فى الخبز جائز فى الصحيح ولاخير فى استقراضه عددا او وزنا عند ابى حنيفة لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابى يوسف يجوز وزنا ولايجوز عددا للتفاوت فى آحاده قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لان العبد وما فى يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لايجوز بالاتفاق لان ما فى يده ليس ملك المولى عند ابى حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبى فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب) خلافا لابى يوسف والشافعى لهما الاعتبار بالمستامن منهم فى دارنا ولنا قوله عليه السلام لاربوا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح فى دارهم فباى طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

(ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لايكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لايكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لايدخل فيه بدونه وقيل فى عرفنا يدخل العلو فى جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولايخلو عن علو وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولايدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند

ابي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال (ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال) وعن ابي يوسف انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه

(قوله لم يكن له الطريق يعني طريق الخاص في ملك انسان فالطريق اي سكة غير نافذة والى طريق عام يدخل وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء او حق القاء الثلج في ملك انسان فلا يدخل كذا في شرح الطحاوي وفي الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الاول ك (قوله بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تعقد لتمليك المنفعة والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستاجر الخ ع (قوله باب الاستحقاق مناسبة البابين ظاهرة من حيث اللفظ والمعنى (قوله حجة مطلقة حتى تظهر في حق كافة الناس لان البينة تصير حجة بقضاء القاضي وولاية عامة فيتعدى الى الكل واما الاقرار فحجة قاصرة لانه لا يتوقف على اتصال القضاء به ولانه على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع في الاقرار ك (قوله بعد الانفصال اي في الحال انفصل فيها الولد عنها ن (قوله لم يرجع الخ اي لم يرجع المرتهن على هذا العبد المقر في حال من الاحوال سواء كان الراهن حاضرا او غائبا اية غيبة كانت ن (قوله لان الرجوع الخ اي الرجوع بالثمن ووجوبه بالمعاوضة او بالكفالة لما ان انواع الرجوع على الغير بضمان كثيرة وذكر شمس الائمة في الجامع الصغير قول محمد مع قول ابي يوسف ك (قوله اذا قال الاجنبي الخ اي قال الاجنبي اشتره فانه عبد واشتراه فظهر حرا فليس على الاجنبي شيء مل

على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الآمر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضامنا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظيره مسئلة قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال (ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء) لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي (وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة (فصل في بيع الفضولي) قال (ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ) وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع قال

(قوله والبيع الخ) انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ع (قوله كما هو موجبه) فيجعل العقد بالامر ضامنا سلامة نفسه عند عدم سلامة نفسه وتعذر رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر ك (قوله حتى يجوز الخ) هذا استدلال بجواز الرهن على ان الرهن ليس بمعاوضة اذ لو كان معاوضة لكان استبدالا ببدل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن في يد المرتهن وانه حرام ك (قوله فلا يجعل الخ) اي لم يكن الامر بالارتهان غرورا في عقد معاوضة فلا ينتهض سببا للضمان ولهذا اذا سأل رجل غيره عن امن الطريق فقال له اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص امواله لم يضمن المخبر شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة ك (قوله والتناقض الخ) فالعبد بعد ما قال اشترني فاني عبد فاما ان يدعي الحرية اولا فالاول تناقض فكيف يثبت به الحرية والثاني ينفي شرط الحرية ع (قوله بخفاء العلوق الخ) فانه قد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم حرية ابيه او امه فيقر بالرق ثم يعلم بحرية امه او ابيه فيدعي الحرية والتناقض فيما يجري فيه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى ك (قوله فصل في بيع الفضولي الخ) مناسبة هذا بباب الاستحقاق ظاهر لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يكون عند الدعوى هذا فضولي ومن باعك انما باعك بغير اذني فهو يعين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير وفي المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل فضول بلا فضل ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه صار لغلبته لهذا المعنى كالعلم له ولم ينسب الى الواحد في النسبة كما في اعرابي وانصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس باصيل ولا وكيل وفتح الفاء خطأ

(وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث نفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

قال (ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخر يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما ذكرنا مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه

(قوله بمنزلة الخ من حيث ان كل واحدة منهما تثبت الحكم او من حيث ان كل واحدة منهما رافعة للمانع ك (قوله لانه معبر محض فليس له الفسخ بالقول وله ان يفسخ بالفعل بان زوج رجلا امرأة برضاها بغير اجازة الزوج زوجه اختها كان نقضا للنكاح الاول ك (قوله دينا كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه ن (قوله ثم الاجازة الخ اي الاجازة فيما اذا كان الثمن عرضا معينا من المالك اجازة ان ينقد الفضولي الثمن من مال المالك لا اجازة عقد موقوف فان العقد في هذه الصورة وقع لازما على الفضولي ونافذا من غير اجازة المالك ن (قوله لانه توقف الخ فان قيل يشكل بالامة اذا تزوجت بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينفذ باجازة الوارث اذا لم يحل له وطيها قلنا الامة تصرفت باهليتها لانها باقية على اصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية والنكاح من خواصها وانما يتوقف على اجازة المالك كيلا يتضرر المالك والوارث مالك كالمورث ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف ك (قوله ومن غصب الخ قيل جرت المحاورة في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه الكتاب قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل قال محمد بل رويت ان العتق جائز ع (قوله الملك الكامل ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه ع (قوله لا يصح ان يعتق الخ يعني ان الغاصب لو اعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشتري منه ثم لم ينفذ عتقه عند اداء الضمان فاولى ان لا ينفذ عتق من يتلقى الملك من جانبه ك

(قوله لان الغصب غير موضوع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يثبت الملك به ضرورة عند اداء الضمان كيلا يجتمع فى ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب فى الحال سبب الملك فيتوقف الملك ويتبعه العتق فكماله بل هو بمعرض ان يصير سببا عند اداء الضمن والعتق وجد قبله ك (قوله ويحلى الخ جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على ان بالخيار مقرون بالعقد فصار

لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان فى البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده فى حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشترى من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشترى منه كذا ذكره هلال وهو الاصح قال (فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشترى) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم ردف الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشترى فى يد المشترى والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشترى بخلاف الاعتاق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه لم يدخل فى ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال (فان باعه المشترى من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثانى) لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول والبيع يفسده بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال (فان لم يبعه المشترى فمات فى يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشترى عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشترى ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال (ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشترى البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض فى الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى (وان اقر البائع بذلك عند القاضى بطل البيع) ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشترى ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشترى قال رح وذكر فى الزيادات ان

﴿المشترى﴾

قران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به اصل العقد ولكن يكون فى حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله ع (قوله يمنع انعقاده اى انعقاد الملك معدوما لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محلا مملوكا للمشترى فيلغو وههنا البيع مطلق والاصل فى الاسباب المطلقة ان تعمل فى حق الحكم بلا تراخ والتراخى انما ثبت ههنا لضرورة دفع الضرر ولا ضرر فى توقف الملك والاعتاق بموجب القول باظهار السبب فى حقه وبعض توقف الملك انه موجود فى حق الاحكام التى لا يتضرر المالك بها وغير موجود فى حق الاحكام التى يتضرر المالك بها ك (قوله لان بالاجازة اى باجازة البيع الاول يثبت للبائع وهو المشترى من الغاصب ملك بات اى من كل وجه فاذا طرأ اى الملك البات على ملك موقوف لغيره اى لغير المشترى من الغاصب وهو المشترى من المشترى من الغاصب ابطله اى ابطل الملك الموقوف لغيره لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف فى محل واحد والبيع بعدما بطل لا يلحقه الاجازة عينى (قوله لانه لم يدخل فى ضمانه اى ان كان القطع قبل القبض لان المبيع اذا لم يكن مقبوض المشترى لا يكون فى ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ك

المشترى اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد فى هذه المسئلة فى يد المشترى وفى تلك المسئلة فى يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشترى قال (ومن باع دار رجل وادخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع) عند ابى حنيفة رح وهو قول ابى يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهى مسئلة غصب العقار وسنبينه فى الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رض اشهد ان الله تعالى احل السلم المضمون وانزل فيه اطول آية فى كتابه وتلا قوله تعالى «يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه» الآية وبالسنة وهو ما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز فى المكيلات والموزونات) لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة فى العقود للمعانى والاول اصح لان التصحيح انما يجب فى محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا فى المذروعات) لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددى المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد فى المالية يعرف العددى المتقارب وعن ابى حنيفة رح انه لا يجوز

(قوله اذا صدق الخ اى ادعى رجل على المشترى بان ذلك العبد له وصدقه المشترى فى ذلك ثم اقام على البائع البينة انه اقر ان المبيع للمستحق تقبل وان كان متناقضا فى دعواه ن (قوله وفرقوا الخ قيل فى هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة فى الزيادات ايضا ان العبد فى يد المشترى ولئن سلمنا انه فى يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى ويجاب عنه بان المشترى غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان تناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا فى الفصل الاول لانه لا يفيده فائدة الرجوع دون الفصل الثانى لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه فى يد غيره فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان مصرفا ابيه ع (قوله فى يد المشترى فيكون العبد سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له اذ شرط الرجوع بالثمن عدمها ن (قوله فى يد غيره فلا يكون المبيع سالما للمشترى فيثبت له حق الرجوع لانه وجد شرطه ن (قوله ومن باع الخ معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه المشترى اذ لو صدقه يؤمر بقلع البناء مل (قوله السلم المضمون اى السلم الواجب فى الذمة وقوله المضمون صفة مقررة لان المسلم فيه يجب فى ذمة المسلم اليه لا محالة ن (قوله انه بيع المعدوم الخ اى المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يصح فبيع المعدوم اولى (قوله ولا يمكن ذلك لان الدراهم والدنانير قط لا تكونان مبيعا لانهما خلقتا ثمنا والمسلم فيه مبيع عين

في بيض اسعامه لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرنا من قبل (ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع للعباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال (ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع) للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدار لها قال (ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا) للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان يبين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل (ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خير في السلم في السمك الطري

(قوله وقيل هذا الخ هذا الخلاف مبني على الخلاف في بيع الفلس بالفلسين باعيانهما ومن اصحابنا من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يفرق لمحمد بين السلم والبيع والفرق ان من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعا واقدامهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في خروجه معاد ثمنا اما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز فلا يتضمن اقدامهما على البيع ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين ك (قوله لانها اثمان ولا يجوز السلم في الاثمان بالاجماع كما لو اسلم في الدنانير والدراهم ن (قوله ولا تعود وزنيا الخ جواب اشكال وهو ان يقال اذا خرج في حقهما عن ان يكون ثمنا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر وذا لا يجوز فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد قلنا هما اعرضا عن اعتبار الثمنية فيها لا عن اعتبار صفة العد وليس من ضرورة خروجها عن ان تكون ثمنا في حقهما خروجها عن ان تكون عددية فهو عددي وليس بموزون ولا يوزن مل (قوله فاشبه الثياب فان فيها بعد ذكر الذرع والصفة والنوع لا يبقى الا تفاوت يسير فيجوز السلم فيها كذا ههنا مل (قوله باعتبار المعاني الباطنة كالمساهمة والملاحة والفصاحة والخلق الحسن والنصح والكياسة فانك ترى عبدين متفقين في الاوصاف (الا ق) المذكورة من الجنس والسن والصفة ومع ذلك يساوي احدهما الفا والآخر الفين وقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكورة ومع ذلك يزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة مل

الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال (ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الرواية الثانية وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال (ولا يجوز الا باجل معلوم) لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف اليوم والاول اصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف قال (ولا في طعام قرية بعينها) او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارأيت لو اذهب الله تعالى الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا

(قوله بخلاف لحم الطيور) بان يسلم في لحم الدجاج مثلا فيبين سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم انه قال ان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور لا يعتبره الناس ع (قوله وبعد التسليم اي سلمنا ان اللحم يضمن بالمثل اذا اتلفه الغاصب فليس وجهه كون اللحم ربويا كما توهم بل وجهه ان الاصل في ضمان العدوان المماثلة والمماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى فيكون اعدل من القيمة لانها مثل معنى لا صورة ط (قوله ولان القبض الخ هذه النكتة لاجل التفرقة بين الاستقراض والسلم ففي الاستقراض يقبض حالا فيرتفع الجهالة بالقبض ولا يفضي الى المنازعة واما السلم فان المسلم فيه انما يعرف بالوصف وبالوصف لا يرتفع الجهالة فيفضي الى المنازعة ولما لم يعرف الوصف تمام التعريف لم يكتف بالوصف في حق اللحم في السلم ن (قوله دفعا لحاجة المفاليس فان قيل لو كانت شرعية دفعا لحاجة المفاليس لاختص بحالة الافلاس قلنا الافلاس امر باطن لا يمكن الوقوف على حقيقته والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة فبقي على السبب الظاهر الدال على الحاجة ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل الحاجة ك (قوله وقيل الخ وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلث ثمه بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر (قوله وقيل اكثر الخ لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما تأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس فيهما في العادة اكثر من نصف اليوم نهايه

(قوله اذا كان الخ احترز به عما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقداره والعلم بالوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر تسلم له او بسبعة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شئ من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ولا يشترط اعلام الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فجهالة قدر الذرعان لا يؤدي الى جهالة المسلم فيه وههنا المسلم فيه ... المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد ٥٢ (قوله فهاتان مسئلتان اى الاختلاف

(بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة او شعير (ونوع معلوم) كقولنا سقية او بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد او ردي (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا (واجل معلوم) والاصل فيه ما رويناه والفقه فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة) وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال (وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع) لانه لا تختلف قيمته (ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه)

بينه وصاحبيه في هاتين المسئلتين وانما قال هذا ليتبين ان كل واحدة تحتاج الى اقامة الدليل من الطرفين بالاستبداد (قوله انه ربما يوجد الخ تحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدل في المجلس فيرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها عينا (قوله اذا اسلم الخ بان اسلم مائة في كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما لانه لا يجوز عند ابي حنيفة لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت ع (قوله او اسلم جنسين الخ (فان) كما اذا اسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن احدهما لا الآخر لا يجوز فيه عنده وهو جائز عندهما لان اعلام القدر فيما يتعلق العقد به شرط عنده فاذا لم يعلم وزن احدهما بطل في حصته لانعدام شرط الجواز فيبطل في حصة الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الآخر والسلم في المجهول لا يصح ابتداء وعندهما الاشارة الى العين تكفي فيجوز نهايه

(قوله لانه لايبطلانه لايلزمه نقله مؤنة ولايختلف ثمنه باختلاف الامكنة ن (قوله يكتفى به هذا اذا لم يكن استحضر عطشا فلو كان بين حوانيته [illegible] لايجوز الآن بين لانه مفض الى المنازعة ذكره في المحيط ن (قوله فيه ذكرنا من انه لايختلف قيمته باختلاف الجهة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والدين والاجرة والقسمة ع (قوله قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لامكانا حتى لومشيا فرسخا

ان رضى به [illegible] رؤية [illegible] واستوع [illegible] في الاجارات [illegible] اى مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها [illegible] ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ومؤنة الحمل [illegible] حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع [illegible] من اطرافه كيفما

واحد فيما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه) اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبى عليه السلام عن الكالى بالكالى وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلابد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لابد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره (وجملة الشروط جمعوها فى قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتى درهم فى كر حنطة منها مائة دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم فى حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز فى حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين فى البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال (ولا يجوز التصرف فى رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثانى فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا يجوز الشركة والتولية فى المسلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشترى من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اى عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا

قبل القبض لم يفسد فلم يتفرقا من غير قبض فان افترق كذلك فسد ع (قوله فلانه افتراق الخ لانها لاتتعين فلا يقع العقد الا على دين فى الذمة يقع بمعنى العين المقبوضة عنه ن (قوله فلا بد الخ اى فيشترط كون احد البدلين فيه معجلا كما يشترط ان يكون الآخر مؤجلا ليكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود يثبت احكامها مقتضيات اساميها لغة فكذا ينبغى ان يشترط اقتران القبض بالعقد فانه اتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرا كما فى عقد الصرف وقال مالك رح يجوز عقد السلم وان لم يقبض رأس المال يوما او يومين بعد ان لا يكون مؤجلا لانه يعد عاجلا عرفا ك (قوله ولهذا الخ ايضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله ولانه لابد من تسليم رأس المال ن (قوله لانه يمنع الخ

(٨) اى لان الخيار يمنع تمام القبض لانه انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد ك (قوله وكذا لا يثبت فيه اى فى المسلم فيه دون رأس المال فان خيار الرؤية او خيار العيب فيه لا يفسد لانها لا يمنع ثبوت الملك ن

بشرطه فجعل رأس المال المبيع لانه دين مثله الا انه يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين

(صار)

(قوله الا انه الخ) هذا الاستثناء لدفع السؤال وهو ان الاقالة لما كانت بيعا جديدا في حق ثالث صار اقالة السلم كبيع السلم فصار الحكم الاستبدال بالابتداء فينبغي ان يجب قبض رأس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة كما كان قبض رأس المال في المجلس شرطا في ابتداء السلم فقال الا انه لا يجب قبضه في مجلس الاقالة لانه اي لان عقد الاقالة في كونه بيعا ليس في حكم ابتداء عقد السلم لانه بيع من كل وجه في حق كل والاقالة بيع في حق ثالث وفسخ في حق العاقدين وليس من ضرورة اشتراط القبض في البيع من كل وجه الاشتراط فيه من وجه دون وجه كذا في النهاية وغيرها وتعقب عليه في العناية بان الاصل يغني عن هذا السؤال فلا حاجة الى الجواب لان رأس المال لما صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المحقق دفع وهم من عسى ان يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولا ينظر الى ما في الدليل السابق من انقلابه معقودا عليه تأمل مولانا محمد عبد الحليم (قوله وفيه اي في جعل رأس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار دينا في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين (قوله قضاء اي اداء لحقه ولفظ شرح الجامع الصغير امر ان يقبضه اقتضاء لحقه فاقتضاه لا يكون قضاء حتى يكيله مرتين (قوله لم يكن قضاء حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه ويطالب رب السلم بحقه (قوله الصفقتان احداهما صفقة عقد السلم والثانية التي جرت بين المسلم اليه وبائعه (قوله على ما مر وهو ما ذكر في آخر الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين نهايه

صار قابضا اما العين فصحة الامر فيه وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها فى ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابى حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به من جهته لجواز ان يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

قال (ومن اسلم جارية فى كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفى السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها (ولو اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة) لان المعقود عليه فى البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن اسلم الى رجل دراهم فى كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديئا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه) لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال فى العادة وفى عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابى حنيفة لانه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت فى انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان

(قوله فلصحة الامر ورد بانه لا يصلح نائبا عن المشترى فى القبض كما لو وكله بذلك نصا واجيب بانه يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا ع (قوله وبمثله يصير الخ لان القبض تارة بيده او بتخليته منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل اليس ان الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستأجر وهو رب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم يصر قابضا ههنا باعتباره قلنا المعقود عليه ثمة العمل وهو الصبغ لا العين وهو الصباغ والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصر به قابضا ك (قوله وامره الخ اى امر المستقرض المقرض ان يزرع الحنطة فى ارض المستقرض فزرع صار المستقرض قابضا بحكم اتصاله بملكه مل (قوله وهذا الخلط الخ جواب سؤال ذكر فى الفوائد الظهيرية فان قيل الخلط حصل باذن المشترى فينبغى ان لا ينتقض البيع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم قلت بانه حصل باذن المشترى بل الخلط على وجه يصير الآمر قابضا حصل باذنه وهو اذا بدأ بالعين ك (قوله لجواز الخ كلامه فى قوة المنع كانه قال لا نسلم ان هذا الخلط غير مرضى به وقوله لجواز الخ سند المنع فاستقام الكلام ع (قوله فى يد المشترى اى المسلم اليه وانما سماه مشتريا نظرا الى اشترائه الجارية بالحنطة التى هى دين ن (قوله واذا جاز الخ اى اذا جازت الاقالة بعد هلاك الجارية فى المسئلة الثانية فلان يبقى الاقالة بعد هلاك الجارية فى الاولى بالطريق الاولى ن (قوله واذا انفسخ الخ هذا جواب من يقول ان الانفساخ فى حق الجارية الميتة كيف يتحقق وانه ليس بمحل لذلك فقال الانفساخ بطريق التبعية وكم من شىء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا عينى

الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الاعشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة) لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه (ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما) لانه عددي متقارب لاسيما اذا سمي الملبن قال (وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يفضي الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة (ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا) للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه) لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود

(عليه)

(قوله الاجتهاد يعني ان فساد السلم بسبب ترك ذكر الاجل مجتهد فيه فان السلم الحال جائز عند الشافعي فلما لم يكن فساده قطعيا عند ترك الاجل لم يلزم من الانكار الاجل رد رأس المال فلا يكون النفع متيقنا للمسلم اليه بهذا الانكار من كل وجه فلم يعتبر نفع رد رأس المال فكان متعنتا لانكاره النفع الظاهر وهو الاجل كذا في النهاية وتعقب عليه بان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وصعوبة كالشافعي غير صحيح والصحيح اي يقال لان الاختلاف كان ثابتا بين اصحابه لكن هذا مبني على ثبوته بين الصحابة وقال ابن الهمام هربا عن القدح لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين مولانا محمد عبد الحليم (قوله بخلاف عدم الوصف اي لو قال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا وهي المسئلة الاولى كان القول قول المسلم اليه لان فساد السلم بترك الوصف متيقن به غير مجتهد فيه فكان رب السلم متعنتا ن (قوله نصف الربح الخ ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لانه على هذا التقدير القول للمضارب لان انكاره لزيادة على ذلك التقدير لا على هذا ف (قوله بخلاف الخ يعني ان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدعي الفساد يدعي اجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم في الحال وهو ما يدعي منكر الاجل فانه سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا يحنث به في يمينه لا يسلم في شئ فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فيقول لمدعي الصحة ف (قوله ورقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخانته ك

(قوله وهو قطع الصرم الخ) فإن قيل قطع الصرم لا يعتبر ضررا في حقه لأنه رضي به قلنا جاز أن يكون رضاه بسبب ظن أن المستصنع مجبور على القبول وأنه مجتهد فيه، ك (قوله لا يشتريه غيره بمثله) وقد لا يشتريه أصلا كما لو استصنع سفرا من بعض الناس عليه فالقاضي لا يشتريه أصلا ن (قوله لو ضرب الأجل الخ) المراد بضرب الأجل ما ذكر على سبيل الاستمهال أما المذكور على سبيل الاستعجال مثل أن قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد ﴿ ٦١ ﴾ لا يصير سلما لأن ذكره ح للفراغ لا للتأخير المطالبة بالتسليم

عند الإمكان وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولأبي حنيفة أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم (مسائل منثورة) قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر بإعزازه فكان منتفيا ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية ولأنه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لأنه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه السلام إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ولأنه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في المبايعات كالمسلمين) لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال (إلا في الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم

ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما وإن كان من الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال ع (قوله فيحافظ الخ) يعني أن العمل بحقيقة اللفظ واجب إلا إذا صرفه عن الحقيقة صارف وذكر الأجل لا يصرفه عنها لأن ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال لخياط خط هذا الثوب غدا فيحمل على حقيقة الاستصناع ك (قوله مسائل منثورة) المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة ولم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل منثورة أي عن أبوابها ى (قوله إن من السحت الخ) روى ابن حبان في صحيحه عن أبي هريرة رض أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت ف (قوله حراسة) فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الأجانب عن الدخول فيه ويخبر عن الجاني بنباحه عليه فيؤدي المنفعة في الانتفاع عيني (قوله فكان مالا) يعني مملوكا متقوما أما كونه مالا فلأن المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأما أنه مملوكا متقوم فلأنه محرز مأذون شرعا في الانتفاع والملك يثبت بالإحراز بدار الإسلام والتقوم بالتمول وكلاهما مأذون فيه شرعا إذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد وإذا كان كذلك جاز بيعه ف

(قوله على انى ضامن الخ صورة المسئلة ان يطلب انسان من آخر شراء عبد بالف درهم وهو لا يبيع
الا بالف وخمسمائة والمشترى لا يرغب الا بالالف فيجئ آخر ويقول بع عبدك من هذا الرجل بالالف
على انى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت ويكون قوله بعت قبولا
للكل ولم يوجد اباء ولا مساومة لكن ايجاب العقد بالف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك
استحسانا اما صحته بعد الاباء والمساومة يصح قياسا واستحسانا ن (قوله والخمسمائة بالاتفاق

على انى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فعمل فهو جائز ويجد
الالف من المشترى والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز
البيع بالف درهم ولا شئ على الضمين) واصله ان الزيادة على الثمن والمثمن
جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعى لانه تغيير للعقد من وصف
مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد
المشترى بها شيئا بان زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها فيصح اشتراطها
على الاجنبى كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال
من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال (ومن اشترى
جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب
الولاية وهو الملك فى الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء
الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض)
والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى وجه
الاستحسان ان فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك
الحكمى فافترقا قال (ومن اشترى عبدا فغاب والعبد فى يد البائع فاقام البائع
البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع فى دين البائع) لانه يمكن
ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشترى (وان لم يدر اين
هو بيع العبد واوفى الثمن) لان ملك المشترى ظهر باقراره فيظهر على الوجه
الذى اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشترى يستوفيه القاضى منه
كالراهن اذا مات والمشترى اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد
القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شئ يمسك للمشترى لانه بدل حقه
وان نقص يتبع هو ايضا (فان كان المشترى اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان
يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه
الثمن كله وهو قول ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله
لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير
امره فلا يرجع عليه وهو اجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه

مضطر

والسلام فى المضاف دون
المضاف اليه فقيل لا خلاف
فى امتناعه وقال ابن عصفور
وبعض الكتاب يجيزون
ذلك وهو قليل جدا وقيل
اذا اورد مثل هذا ينبغى
ان لا يعتقد اضافة الخمسة
بل الجر فى المضاف اليه
على حذف المضاف اى
الخمس خمسمائة ع (قوله
من الضامن ثم ان كان الضمان
بامر المشترى كان له ان
يحبس المبيع حتى يأخذ
الخمسمائة من الضامن لان
البيع على المشترى صار
بالف وخمسمائة والمشترى
ان يراجع على الف وخمسمائة
ولو كان بغير امره لم يثبت
الزيادة فى حق المشترى
فليس للبائع حبس المبيع
على الخمسمائة ويراجع على
الالف (قوله ثم قد لا يستفيد
الخ جواب سؤال هو ان يقال
ينبغى ان لا يصح الضمان
على الاجنبى من البائع
بخمسمائة لانه لا يستفيد
بها شيئا فاجاب بان المشترى
قد يزيد فى الثمن بعد البيع
مع انه لا يستفيد بتلك
الزيادة شيئا لان المبيع
حصل له بدونها كذا فى الاجنبى حاصل (قوله والقياس ان يصير قابضا وهو رواية عن ابى
يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك تهلك من مال المشترى ع (قوله لانه تعييب حكمى
حتى لو وجدها المشترى ذات زوج كان له ان يردها فيصير كالتعييب الحقيقى كقطع اليد
وفقء العين ملل

مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس فاذا قضاه لا يكون متبرعا والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال (ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال (واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي) لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للتجفيف وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر او الدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

﴿ كتاب الصرف ﴾

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمي به

(قوله مضطر فيه فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه والجواب ان الاضطرار في حال حضوره مفقود لامكان ان يخاصم الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه بخلاف حال غيبته ع (قوله كمعير الرهن بان اعار شيئا ليرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادى من الدين على الراهن وان كان قضى دين الراهن بغير امره لانه مضطر في القضاء لانه لا يتمكن من الانتفاع بماله الا بقضاء الدين فكذلك هنا ك (قوله بالف مثقال الخ قيل وكان الواجب ان يفسد العقد بالجودة والرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيده محمد بها في الجامع الصغير وفروع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ع (قوله على السواء من قيل ينبغي ان يرجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل او يرجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات قلت لما تعارض هذان الوصفان وجب المصير اي نصيب الاضافة ومطلق اضافة المثاقيل اليهما يوجب الشركة على السواء ك (قوله لان حقه الخ اي لان حق رب الدين في وصف الدين من حيث الجودة واجب مرعي كحقه في الاصل من حيث انه لو كان المقبوض دون حقه قدرا لم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك اذا كان دون حقه وصفا الا انه يتعذر ذلك لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها فيرد عين المقبوض اذا كان قائما ومثله ان كان مستهلكا لان مثل الشيء يحكي عينه ن (قوله لم يكفه اي لم يكن لصاحب الثياب مالم يكفه اي مالم يضم صاحب الثياب ثيابه فيكون ممن اخذه واذا كان كفه فوله دون غيره مل

فالحاجة الى الفضل فى بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة ولانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال (فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا فى الجودة والصياغة) لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه فى البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالى بالكالى ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا فى جهة واحدة او ناما فى المجلس او اغمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه فى قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء (فان افترقا فى الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثانى يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار فى المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع فى الثوب فاسد) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفى تجويزه فواته وكان ينبغى ان يجوز العقد فى الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له من

(قوله لا يطلب الخ اى لا يطلب بهذا العقد الا الزيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقدان لا ينتفع بعينهما كما ينتفع بغيرهما من بقايا ما من المطعوم والملبوس والركوب فلو لم يطلب الزيادة والتعيين فى بدلهما كان فيه فائدة اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعية قوله تعالى واحل الله البيع واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة ناسب ان يسمى صرفا ع (قوله الا مثلا بمثل اى فى العلم لا بمجرد نفس الامر فقط فلو باعهما مجازفة ولم يعلما كيلهما وكانا فى نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا فى مجلس فظهرا متساويين يجوز ف (قوله الذهب انتصابه بالعامل المقدر اى بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعا بالحديث ان يجعل عامله متعلق المجرور اى الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل ف (قوله تحقيقا للمساواة فان قيل يشكل على هذا التعليل ما اذا باع ما يتعين بالتعيين ومع ذلك يشترط قبضهما ايضا وعلى هذا التعليل ينبغى ان لا يشترط قبض المصوغ اذا وجد قبض المضروب لتحقق المساواة بينهما فى العينية فى المضروب بالقبض وفى المصوغ بالصياغة وبحصول العينية فيهما يخرج من بيع الكالى بالكالى اذ النسيئة انما تكون باعتبار عدم التعيين قلت عدم جوازه يرجع يجئ بعد هذا وهو قوله ولانه ان كان الخ ن (قوله فلا يتحقق ولا شئ (قوله الربا اى لا يتقوم ربا اى النسيئة فيتحقق الفضل فى احد الوصفين وهو الربا ف (قوله ولانه ان كان الخ جواب عما يقال فبيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالى بكالى وبيع المصوغ بمثله ليس كذلك لتعينه بالتعيين ع (قوله لا يصح شرط الخيار الخ بان قال اشتريت هذه الدنانير بهذه الدراهم على انى بالخيار ثلاثة ايام وكذلك الاجل نهايه

(قوله ولاشئ الخ يعني ان عقد الصرف عقد بيع لانه مبادلة مال بمال ولذا لوحلف لايبيع فصارف حنث والبيع مايشتمل على مبيع وثمن وليس كل من بدليه اولى بان يجعل مبيعا فجعل كل مبيعا من وجه وثمنا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل ثمنا حقيقة كبيع العرض بالعرض اعتبر كل ثمنا من وجه وان كان مبيعا حقيقة فاراد الاستدلال به من حيث انه دين فلا يجوز من حيث انه مثمن فلا يجوز بشك ن (قوله لعدم الاولوية) ﴿ ٦٥ ﴾ قيل لانسلم عدم الاولوية فان مادخله الباء اولى بالثمنية

ولاشئ للآخر فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لايجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة) لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق) لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما (وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما) لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله (فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية) لانه صرف فيها (وكذا في السيف ان كان لايتخلص الا بضرر) لانه لايمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لايجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف (وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية) لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لايدري لايجوز البيع للربا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع (ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده) لان الشركة عيب في الاناء (ومن باع قطعة

الطوق ملفوظات المحشي (منه المدني) (الهداية مع الكفاية) ٥

واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا في ذمة لا في الاثمان الخلقية ع (قوله وليس من ضرورة الخ جواب من يقول لو كان بدل الصرف مبيعا لكان متعينا لان المبيع متعين قلنا المسلم فيه مبيع وذلك غير متعين بل هو واجب في الذمة غير عين الا ان شبهة كونه متعينا قد ظهرت في الثوب حتى يحصل به تقدير الثمن وان لم يكن متعينا في نفسه ن (قوله لما فيه من احتمال الربا وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لايجوز ايضا لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد لان الفضل الموهوم في هذا الباب كالمتحقق ع (قوله ومن باع الخ فيه ايماء الى ان الجمع بين النقود وغيرها في البيع لايخرج النقود من كونها صرفا بما يقابلها من الثمن ع (قوله وكذا لو اشتراها الخ ولو اشتراها بالفي مثقال فضة نسيئة فسد في الكل عند ابي حنيفة رح اما الفساد في الامة فلان المفسد مقارن العقد فيتقرر في الكل بمعنى من حيث ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي وعندهما لايفسد في الامة لان الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما اما لو اشتراهما بالفي مثقال ولم ينقد من الثمن شيئا حتى افترقا بطل في الطوق دون الجارية بالاجماع لان الفساد في الطوق طارئ فلا يتعدى الى الامة ك

(قوله وعلى هذا الخلاف الخ الاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليه العقد وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد وبصرف كل جنس منهما الى خلافه عند العلماء الثلثة جاز لهما ع (قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة

نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته (ولا خيار له) لانه لا يضره التبعيض

قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه) وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري حنطة وكري شعير لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فتحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسئلة المرابحة فلانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال (ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما

(ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع الاقل شئ

﴿ واخر ﴾

اذ الحنطة والشعير والدراهم والدينار من احد الجانبين اكثر فيتحقق الربا وفي صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبات مقابلة لا دليل عليها فلعله نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف ك (قوله لا يجوز لانه تصير المقابلة غير الاولى ويكون التصرف تصرفا آخر والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره وقصده لا على خلاف ذلك والعاقد ان قصد المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس الى خلاف الجنس وفي انشاء تصرف آخر وفسخ التصرف الاول عيني (قوله ان المقابلة المطلقة الخ يعني ان العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لانها مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منها ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الاطلاق وذلك لان الذات لا تخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف في الرقبة الا ترى انه لو نص عليه ابتداء ثم قال على ان يكون الجنس بخلاف الجنس يصح ويصير الفرد مقابلا للفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به ولما كانت هذه المقابلة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد الخ ك

آخر يبيع قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وإن لم تبلغ فمع الكراهة وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول والإضافة إلى الدين إذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء وهذا إذا كان الدين سابقا فإن كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز

قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال (وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنا) لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء (وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير) اعتبارا للغالب وإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف (فإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس) فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فإذا شرط القبض في الفضة

(قوله فمع الكراهة) قيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم تر والكراهة عن أبي حنيفة بل صرح في الإيضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة قال وإنما كره محمد ذلك لأنه إذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط أيضا وقيل إنما كره لأنهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فإنه مكروه بهذا وأورد لو كان مكروها كان البيع في مسألة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسألة الخلافية مكروها سلم نذكره قلت الذي يقتضيه النظر أن يكون مكروها إذ لا فرق بينه وبين المسألة المذكورة في جهة الكراهة غاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة ثم ذكر أصلا كليا يفيده وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف من غير ذكر خلاف (قوله وتقاصا العشرة الخ) بخلاف ما لو جعل رأس المال قصاصا لأن المسلم فيه دين وبالمقاصة يصير افتراقا عن دين بدين ن (قوله بعشرة مطلقة) أي من غير أن تقيد بالعشرة التي عليه أما إذا قيد بذلك فقال بالعشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف بخلاف المطلقة فإنه جائز عندنا خلافا لزفر ن (قوله لعدم المجانسة) أي بين العين والعين فإن بدل الصرف يجب أن يكون متعينا بالقبض وهذا دين سبق وجوبه فينبغي أن لا يجوز وإن تقاصا كما في السلم إلا أنه يجوز لأنهما لما اتفقا على المقاصة ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف لما قاله زفر يتضمن ذلك الخ ن (قوله والإضافة الخ) أي يتضمن ذلك إضافة العقد إلى الدين وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين فصار كأنه قال بعت هذا الدينار منك بالعشرة التي لك علي عيني (قوله إذ لولا ذلك) أي لولا تحويل العقد إلى وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين عيني

(قوله بجواز ذلك الخ اى بجواز التفاضل فى هذه الاموال لم يفتوا لانه لو جاز حل الربا فى اعز الاموال لقاسوا عليه جواز الربا فى الذهب والفضة بالتدريج ن (قوله والغطارفة الدراهم الغطريفية منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندى امير خراسان ايام الرشيد كذا فى المغرب وقيل هو خال هارون الرشيد ن (قوله فكسدت الكساد ان لا تروج فى جميع البلدان هذا على قول محمد واما عندهما الكساد فى بلد يكفى لفساد البيع فى تلك البلدة عيني (قوله

يشترط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر وقال رضى الله عنه مشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك فى العدالى والغطارفة لانها اعز الاموال فى ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هى ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهى سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضى منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه (واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقى العقد وجبت القيمة لكن عند ابى يوسف رحمه الله وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابى حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقى فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما فى البيع الفاسد (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها (واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابى حنيفة خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذى بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابى حنيفة يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابى يوسف يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر

وترك الناس الخ المصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه فى كل البلاد او فى البلد الذى وقع عليه العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا تروج فى جميع البلدان لانه ح يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كانت لا تروج فى هذه البلدة وتروج فى غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب وكان للبائع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذى وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا ما ذكر فى العيون يستقيم على قول محمد واما على قولهما فلا يستقيم ع (قوله وقال ابو يوسف الخ قال الشارحون هذا الذى ذكره القدورى من الاختلاف مخالف لما فى المبسوط والاسرار وشرح الطحاوى حيث ذكر البطلان عند كساد الفلوس فى هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلثة ع (قوله فانقطع انقطاعه ان لا يوجد فى الاسواق فلا يبطل البيع ح بالاتفاق ويجب القيمة ولا ينتظر الى زمان الرطب (ص) فى السنة الثانية وكذا هذا عيني (قوله لانه مضمون به اى لان الثمن مضمون بالبيع فكان كالمغصوب يعتبر قيمة يوم الغصب لانه مضمون فيه عيني (قوله لان الثمنية الخ اى الدراهم التى غشها غالب انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح عيني

(قوله من قبل وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد رح وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين والصدر الكبير برهان الائمة وبعض مشايخ زماننا افتوا بقول ابي يوسف ك (قوله واصل الاختلاف الخ اى الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد فى اعتبار القيمة يوم القبض او الكساد فرع الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع عيني

من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز فى جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان فى العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح لاسيما فى ديارنا قال (ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل فى الكل) لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفى اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى «وكفلها زكريا» ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول اصح قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعي لا تجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام

(قوله انظر اى للمقرض والمستقرض اما للمقرض فبالنسبة الى قول ابي حنيفة لانه على قوله يلزم على المقرض مثل تلك الفلوس الكاسدة وليس فيه نظر للمقرض واما للمستقرض فبالنسبة الى قول ابي يوسف فان الواجب عليه قيمتها يوم القبض عنده فكان ترك النظر للمستقرض فقلنا بقيمته يوم الكساد نظرا للجانبين ن (قوله ايسر لان ثمن الفلوس كانت معلومة يوم القبض للمقرض والمستقرض كما هي معلومة للمتعاقدين يوم البيع وللناس اجمع فكان العمل بها ايسر واقل اختلافا بين الناس واما قيمة يوم الانقطاع فغير معلومة للناس بل يختلفون اختلافا كثيرا فلا يكون ايسر فى معرفة حكم الشرع ن (قوله وعليه الخ اى يجب على المشترى اذا اشترى شيئا بهذا اللفظ قدر ما يباع من عدد الفلوس بمقابلة نصف درهم فضة اذا بيعت الفلوس بمقابلة نصف درهم فى سوق الصيارفة ن (قوله صيرفيا اى صرافا وهو من قولهم للدرهم على الدرهم صرف فى الجودة والقيمة اى فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصيرف كذا فى المغرب ك (قوله وقد مر نظيره وهو ما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة فلو لم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد فى الكل بالاجماع وان بين يشيع على قول ابي حنيفة نهايه

(قوله بنوعيها الكفالة بالنفس والمال فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لايغرم شيئا فكيف يستدل به على مشروعيته قلنا الغرم ينبئ عن لزوم شئ يضره وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاحضار والحاجة ماسة الى هذا النوع وهي صرورة احياء حقوق العباد لانه ربما يغيب نفسه فيتوى حق صاحب الحق وعن الصحابة انهم جوزوا الكفالة بالنفس اه

الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لاتتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لايعبر بهما عن البدن حتى لايصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (او قال هو علي) لانه صيغة الالتزام (او قال الي) لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي (وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت) وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لايحبسه اول مرة فلعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال (وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينظر كالذي اعسر ولو سلمه قبل ذلك بري لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال (واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر بري الكفيل من الكفالة) لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة (واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق بري) لحصول المقصود وقيل في زماننا لايبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لاعلى الاحضار فكان التقييد مفيدا

(قوله وتنعقد الخ لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها (قوله بنفس فلان لم يذكر محمد رح ما اذا تكفل بعينه قال البلخي لايصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن والذي يجب ان يصح في الكفالة والطلاق اذ العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ف (قوله او عرفا كوجهه وراسه ورقبته فان كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف ع (قوله لانه تصريح بموجبه اي بموجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك اه (قوله امهله الحاكم الخ ويستوثق منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم يعرف مكانه واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال الى ان يعرف مكانه لانهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال وان وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل لااعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كانت له خرجة معروفة يخرج اي موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعي وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب يدعيه اه

(وان سلمه في برية لم يبرأ) لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا
اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر
الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ
لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب
لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل
بالنفس من الكفالة) لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل
فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على
تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل
بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه
لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ
فدفعه اليه فهو برئ) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه
ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه
من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه
اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال (فان تكفل بنفسه على انه
ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك
الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا
التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان
وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال
الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فشابه
البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه
بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
والتعليق بعدم الموافاة متعارف (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به
غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط
وهو عدم الموافاة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها او لم يبينها
حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به

(قوله وعندهما الخ قيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة كان في الثالث وقد شهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل
مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر او في مصر آخر ثم تغير الحال بعد
ذلك في زمان ابي يوسف ومحمد فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فيتقيد التسليم بالمصر
الذي كفل له فيه دفعا للضرر
عن الطالب ع (قوله لانه
قد يكون الخ وذلك القاضي
يعرف حادثته فتعارض
الموهومان وبقي التسليم
سالما عن المعارض فيبرأ
وهذا اذا لم يشترط
التسليم في مصر كفل فيه
وان شرط فلا يبرأ فيه
عندهما وعلى قوله اختلف
المشايخ فيه ك (قوله بخلاف
الكفيل بالمال حيث لا يبطل
الكفالة بالمال بموت الكفيل
لبقائه ماله فيقام اذ المقصود
هناك ايفاء حق المكفول
له بالمال ومال الكفيل صالح
لذلك فيؤخذ ماله من تركته
ثم يرجع ورثته على المكفول
عنه اذا كانت الكفالة بامره
كما في الجوهرة ع (قوله ولا
يشترط الخ في المبسوط لان
الكفيل يبرئ نفسه
بايفاء عين ما التزمه فلا
يتوقف على قبول صاحب
الحق كالمديون اذا جاء
بالدين ووضعه بين يدي
الطالب وهذا لانه لو توقف
على قبوله تضرر به من
عليه ن (قوله فكان له
الخ فتسليم النفس على
المكفول به واجب
من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من
جهة الكفيل فلا يبرأ ع (قوله فاشبه البيع اي في لزوم المال بالعوض برجوع الكفيل على الاصيل
بالمال اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب انا لا نسلم ان فيه
تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عقد التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه يشبه الخ ع

(قوله فالإطلاق المراد من الإطلاق عدم نسبة كفالته أي المال المدعى به حيث لم يقل الكفيل على المال الذي على المدعى عليه مثلا (قوله إن المال ذكر الخ) هذا النكتة في مقابلة النكتة الأولى لمحمد وحاصله أن المال في قول الكفيل ذكر معرفا لأنه قال فعليه المائة فينصرف المائة إلى ما على المكفول عنه بجعل اللام للعهد فكانت النسبة موجودة فخرج المال عن كونه رشوة فيلزم ويصح الكفالة كذا في العناية وغيرها ولا يذهب عليك أن في عبارة الجامع الصغير ذكر المال منكرا حيث قال فيه فإن لم أوافك به غدا فعلى مائة دينار وهكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فلا يستقيم هذه النكتة كذا في فتح القدير مولانا محمد عبد الحليم (قوله والعادة جرت الخ) تقريره أن المال إذا لم يكن معلوما لا بأس به لأن العادة جرت بالإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فيصح الدعوى على اعتبار البيان فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكأنه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها ويبينها في الآخرة وعلى هذا صحة الكفالة بالمال والنفس جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لأنه يدعي صحة الكفالة ع (قوله معناه الخ) وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف وإسناد الجواز إلى الكفالة مجازا ع (قوله وقالا يجبر الخ) وفي الفوائد الظهيرية وليس تفسير الجبر ههنا الحبس لكن يأمره بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لأنه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب وإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له يدخل معه ويسكن وإن لم يأذن له في الدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول وسيجئ تفسير الملازمة في كتاب الحجر ك

غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه) لأنه علقه بالمطلق فاعتبر الأثر أنه لم ينسبه إلى ما عليه فلا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب إحضار النفس وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه بخلاف ما إذا بين ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة) معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولأبي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمحت نفسه به يصح بالإجماع) لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لأن الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولا إذا كان دينا صحيحا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو

(قوله وصار كما إذا كفل الخ) بأن قال كفلت بما أصابك في هذه الشجة التي شجك فلان وهي خطأ فيصح بلغت النفس أو لم تبلغ ومقدار ما تلزمه بهذه الكفالة مجهول لأنه لا يدري قدر ما يبقى من أثر الشجة وهل يسري إلى النفس أو لا يسري كفاية (قوله دينا صحيحا الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب على أن يسقط البدل بتعجيز نفسه وقيل لأن المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه بموجبه بخلاف القياس

بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع) لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة وصار كما إذا كفل بشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار وشرطها أن يكون دينا صحيحا ومراده أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه إن شاء الله قال (والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله) لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل فتكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لأن مقتضاه الضم بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشرط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلي أو ما ذاب لك عليه فعلي أو ما غصبك فعلي والأصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر وكذا إذا جعل واحد منهما أجلا إلا أنه يصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق (وإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به) لأنه منكر للزيادة (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لولايته عليها قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لإطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة وهو

ع (قوله أن لا يكون الخ) ويحتمل أن يحترز به عن دين الزكوة فإنه دين أيضا حتى ظهر أثره في منع وجوب الزكوة وفي حق مطالبة الإمام في الأموال الظاهرة ولكن ليس بصحيح من كل وجه حتى لا يؤخذ من تركته بعد موته بسببه (قوله عليه الأصل) إنما سمي المديون أصلا لأن المطالبة مبنية عليه فإن مطالبة المديون بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا ع (قوله بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين) أي بالقضاء أو الرضاء لأنه إذا ضمن أحدهما بالرضاء أو بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه وتمليكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى إذا استوفاه من أحدهما صار المضمون وهو الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب إذا اختار تضمين أحدهما بلا رضاء فله مطالبة الآخر أيضا كفاية (قوله ما بايعت فلانا الخ) قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له في الإضافة فلو قال ما بايعت من الناس فعلي ضمانه فهو باطل لتفاحش جهالة المكفول عنه وبه بخلاف إفراد جهالة المكفول به فإنها جهالة قليلة يتحمل والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنع مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع فتح

(قوله أما إذا أدى خلافه كما إذا أدى زيوفا بعد ما ضمن من الجياد وتجوز له ذلك أو بالعكس ع (قوله كما إذا ملكه بالهبة بأن يهب من الكفيل المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه فإن الكفيل يملكه ويرجع على الأصيل بما ضمن ع (قوله وكما إذا ملكه الخ أي ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الأسباب وذلك بأن أحال المطلوب على إنسان ولم يكن على المحتال عليه دين فأدى المحتال عليه دنانير أو عرضا عن دراهم الدين أو وهب له المحتال له الدين ﴿ ٧٤ ﴾ أو تصدق عليه أو ورث منه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين لأنه ملك ما في ذمته بهذه الأسباب فيرجع على المحيل بما قبله منه كفاية (قوله بخلاف الخ جواب دخل مقدر تقريره أن الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه فلا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل ع (قوله حيث يرجع بما أدى فلو أدى الزيوف عن الجياد وتجوز له ذلك رجع بما أدى دون الجياد لأن أداء المأمور به لم يوجد وإن عكس فكذلك لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها فعلى هذا فقوله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح عناية (قوله على خمسمائة إنما قيد بقوله على خمسمائة احترازا عما لو صالح على جنس آخر من الدنانير والعروض في ذلك رجع على المكفول عنه بجميع الألف التي كفل (قوله لأنه إسقاط أي لأن الصلح على أقل من جنسه فيه إبراء الكفيل فيما وراء بدل الصلح والإبراء إسقاط فلا يرجع بالمسقط بخلاف الهبة كفاية (قوله توجب الخ منقوض ﴿ إلى ﴾ بما إذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة فإن براءة الأصيل فيه موجود ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فإنا قلنا إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ولم يبق ذلك كفيلا بل هذا العقد عقد الحوالة (قوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل ك (قوله جائز ألا ترى أنه لو مات الكفيل سقط الدين عن الأصيل ع

تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به (فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لأنه قضى دينه بأمره (وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه) لأنه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لأنه لا يملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال (فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله (وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن الدين عليه في الصحيح (وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه) لأنه تبع ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز (وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل) لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلا فيه أما ههنا فبخلافه (فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل) لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرئ عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت

(قوله فيكون الخ وكان بمنزلة ان يقول دفعت الى من المال وقبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبته من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل كفاية (قوله اذ لا يرجع الخ يعني انا تيقنا بحصول البراءة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كان بالاداء رجع وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك ع (قوله وقال ابو يوسف الخ وقيل ابو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسئلة وكان المصنف اختاره فامره هو أقرب الاحتمالين فمصير اليه اولى ع (قوله ابتداؤها من المطلوب فانه

اي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع (وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء فلو قال برئت قال محمد هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدود والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لانه دين كسائر الديون (وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا (ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها جازت الكفالة) لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه

ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل مضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت ع (قوله واليه الايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فيقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع ع (قوله لما فيه من معنى التمليك وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط كفاية (قوله لا يمكن الخ اي لا يصح شرعا عبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة ع (قوله كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده ع (قوله لانه عين مضمون الخ اما الاعيان المضمونة على نوعين الاول ما كان مضمونا بنفسه على معنى انه يجب رد عينها ان كانت قائمة ورد قيمتها او مثلها ان هلكت فتصح الكفالة بها والثاني ما كان غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع والمرهون في يد المرتهن لان المبيع مضمون بالثمن اذ المبيع لو هلك يهلك على ملك المالك وينفسخ البيع والرهن مضمون بالدين بقدره فلا تصح الكفالة به عيني (قوله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها الخ ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته او ثمنه عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك انه يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره ع

(قوله إلا في مسألة الخ) استثناء من قوله إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد أي تصح الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما لكن هو جواب الاستحسان وأما في جواب القياس فلا يجوز على قولهما في هذه المسألة أيضا لأن الطالب غير حاضر فلا يتم العقد إلا بقبوله ولأن الصحيح لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لم يصح فكذلك هنا (قوله كما إذا حضر الخ) أي صار كما إذا حضر الطالب فقال للوارث تكفل عن أبيك لي (قوله وإنما يصح الخ) دفع تقريره أن المريض لما قام مقام الطالب ينبغي أن يشترط ﴿ ٧٦ ﴾ قبوله كما يشترط قبول الطالب لعدم صحة

فصار ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال (إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب كما إذا حضر بنفسه وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه قال (وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة وقالا تصح) لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به إنسان يصح وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده (وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه

الكفالة بدون قبول المكفول له وهل هذا القول إلا كقول المشتري لرجل بعني فلما قال بعت لا ينعقد البيع إلا إذا قال المشتري قبلت فكذا هذا وتوضيح الدفع أنه إنما يصح الكفالة بهذا اللفظ أي قول المريض لوارثه تكفل عني الخ ولا يشترط قبول المريض لأنه يريد المريض بهذا القول تحقق الكفالة لتخليص نفسه من الدين دون المساومة من ظاهر الحالة التي هو عليها وهي حالة الموت تدل ظاهرا على قصده إلى التحقيق دون المساومة فقوله تكفل بمنزلة قوله قبلت الكفالة فصار الأمر هنا كالأمر بالنكاح فيما لو قال رجل لامرأة زوجي نفسك فقالت زوجت فهذا بمنزلة قولهما تزوجت وقبلت والنكاح لا يجري فيه المساومة وهذا بخلاف البيع فإنه يجري فيه المساومة ثم اعلم أنه تعقبه في العناية بأن ظاهر قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو ليس كذلك بل لاشتماله وتشبيهه بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقام شطرين ويجوز أن يكونا مسلكين في هذه المسألة (قوله يصح) ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لم يحل لصاحبه الأخذ من المتبرع (قوله وكذا يبقى الخ) أي إذا كان بالدين كفيل بقي على كفالته ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل (قوله هو الفعل حقيقة) يعني أن المقصود والثابت في الذمة هو الفعل أي فعل الأداء بمعنى تمليك المال وتسليمه بل

(قوله بسبيل من الاسترداد) وإذا كان كذلك كان الربح حاصلا في ملكه متردد بين أن يقر وأن لا يقر ومثل ذلك قاصر فإذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث ع (قوله أو لأنه رضي الخ) الوجهان يعطف بأو فإنهما وجهان لا أن الوجه أحدهما ف (قوله لكنه استحباب) لأنه لو كان ملكا صحيحا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا إيجابا ولا استحبابا ولو انعدم الملك أصلا كان الربح خبيثا فإن كان صحيحا من وجه فاسدا من وجه أمرناه بالتصدق أو بالرد على المالك استحبابا لا إيجابا

فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين ولكن قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم) لما بينا أنه ملكه قال (وأحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لأن الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه لأنه العاقد قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل بينته) لأن المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وإن كانت الكفالة

توفيرا على الشبهين حظهما فإذا رده إلى المالك إن كان فقيرا طاب له وإن كان غنيا ففيه روايتان والأشبه أنه يطيب له لأنه إنما رد عليه باعتبار أنه حقه وأما إذا أعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وطاب له عند أبي يوسف لما عرف ك (قوله لا جبر) واعلم أنه تقرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال أولا أحب أن يرده إلي ولا يجب في الحكم أي في القضاء وثانيا أنه استحباب لا جبر يعني لا يجبره الحاكم على ذلك فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبر القاضي ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه ف (قوله وهو فاسد) لأن الضمان والكفالة إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن بذلك ع (قوله وكذا الثمن غير معلوم) فإن قيل الدين معلوم والمأمور به هو قدره فكيف يكون الثمن مجهولا أجاب بقوله لجهالة ما زاد الخ فإنه داخل في الثمن (قوله أريد به الخ) وهذا لأنه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا (قوله هو توكيل) نظرا إلى قوله تعين يعني اشتره بعينه ثم بعه بأقل منه واقض دينك ع

بغير امره يقضى على الكفيل خاصة) وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفى الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم فى زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما فى زعمه قال

(ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى فى نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشترى فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع ولا هى اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب فى الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

﴿ فصل فى الضمان ﴾

(ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة فى ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشترى ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه

(قوله مال مطلق أى عن التوصيف بكونه مغصوبا أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصح وقبلت البينة لاقامتها على دعوى صحيحة ع (قوله ما تقدم وهو ما اذا كفل عن رجل بما ذاب له او بما قضى له ك (قوله وانما يختلف أى القضاء بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما فى الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذا لم يكن أمر فلا يرجع لانهما الخ ف (قوله بالامر وعدمه أى انما يختلف حكم القاضى بالامر وعدمه مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة فى أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بامر وبغيره ع (قوله لا يقضى له بالآخر لان الحاكم انما يقضى بالسبب الذى يدعيه المدعى الا ترى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك ع (قوله ثبت امره اى امر الاصيل وهو الامر بالكفالة بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال لانه لا يأمر الكفيل بأن يؤدى عنه الا اذا كان مقرا بالمال عينى (قوله لانه تعتمد صحتها الخ حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه لم يجب على الاصيل شئ ع (قوله ضامنا لنفسه ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه أمر اعتبارى لا يظهر عند الخصومة ع (قوله يؤدى الخ فى الفوائد الظهيرية لا معنى للقول بانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الاجماع على أن احدهما لو اشترى بنصيبه يجوز وليس فيه ﴿وقسمة﴾ معنى قسمة الدين فهكذا اذا ضمن احدهما بنصيب شريكه ويجاب عنه بانه انما لم يلزم القسمة فيه لان ما اشترى بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر ان يشاركه فيه (قوله بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان لان الصفقة اذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة ك

(قوله وقسمته قد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجئ بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندوانى يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه فى القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه ع

وقسمته فهو جائز) اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانه مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصيته واما النوائب فان اريد بهما ما يكون بحق ككرى النهر المشترك او اجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات فى زماننا ففيه اختلاف المشائخ وممن يميل الى الصحة الامام على البزدوى واما القسمة فقد قيل هى النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه (ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفى الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه فى الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل فى الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما فى الخيار اما الاجل فى الكفالة فنوع منه حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعى الحق الثانى بالاول وابو يوسف فيما روى عنه الحق الاول بالثانى والفرق قد اوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابى يوسف انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه اوائل الزيادات فى ترتيب الاصل (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل فى ضمان الاستحقاق عرفا وهو ضمن الخلاص

(قوله وممن يميل الى الصحة الخ لانها ديون فى حكم توجه المطالبة بها والعبرة فى الكفالة للمطالبة بحق او بباطل لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط كان مأجورا وان كان اصله من جهة الذى يأخذ باطلا

(قوله او حصة منها يعنى اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى الانهار المشتركة فاصاب واحدا شئ من ذلك فيجب اداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة به بالاجماع ع

(قوله والرواية باو اشارة الى ان الرواية باو على تقدير أن يكون القسمة حصة من النوائب واما اذا كانت هى الحصة بعينها فهو محل الواو للبيان من باب عطف التفسير ع

(قوله وقيل هى النائبة الخ وقيل اراد بالقسمة اجرة الكيال الذى يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة ك

(قوله والحكم ما بيناه وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففى صحة الكفالة بها اختلاف المشائخ ك

(قوله الا بشرط فان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط ع

(قوله نوع منها اى متنوع كالناطق المنوع لبعض الحيوان فكان اقراره بنوع من الكفالة فلا يحكم بغيره فكان القول قوله عنايه

(قوله أو قيمته في كلام المصنف) لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بأن المراد بالقيمة الثمن مجازا وبلاغة التركيب باستعمال المجاز من لا تلتبس بحله ع (قوله ثم هو الثاني وهو المطالبة تابع للأول) لأن المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين لأن المطالبة بالدين ولا دين محال ك (قوله وفي الزيادة لا معارضة) أي من كل وجه وفي النصف إن لم يكن معارضة حقيقة ولكنه كانت معارضة صورة ولا دور إيصال المؤدي لا يرى عمن كان عليه بطريق الأصالة برئ صاحبه عن الكفالة فإذا جعل المؤدي الزيادة من صاحبه لا يكون لصاحبه أن يجعل الزيادة من المؤدي ك (قوله ولأنه إلخ) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف فإنه يعمل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزما المحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور ع (قوله والمطالبة متعددة) يعني إنما يكون كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل وكفيلا عن صاحبه لأن موجب الكفالة التزام المطالبة وهي متعددة مطالبة على الأصيل ومطالبة على الكفيل وقد التزمهما كل واحد منهما فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما ك (قوله على ما مر) إشارة إلى ما مر من قوله لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة في تعليل قوله من أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان ك (قوله وكما تصح إلخ) أي حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر يصح فكذا في الكفالة ك (قوله بخلاف ما تقدم) فإن هناك كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال لشرائه نفسه ونصف المال بكفالته عن شريكه وجعل المؤدي عن الكفالة يؤدي إلى الدور

لا يصح عند أبي حنيفة لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فيصح

باب كفالة الرجلين

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور (وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره قال (وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بينا ولهذا يأخذه به قال (وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين) لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه

حتى

(قوله لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين وهى مسئلة اول الباب حيث قال ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة وما ذكرناه من لزوم الدور ك (قوله استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من انها تقتضى دينا صحيحا ﴿ ٨١ ﴾ وبدل الكتابة ليس كذلك ع (قوله كفيلا الخ فصارت كفالته بما

عليه اصله وكفالة المكاتب بما عليه اصله حاشية چلبى (قوله لاستوائهما اى فى الوجوب عليهما لاستوائهما فى العلة اعنى الكتابة وكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ويهذا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل ع (قوله ايهما شاء لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك الالف فبقى على تلك الصفة لان ابقاءه يكون على وفق الثبوت ك (قوله العتق بالكفالة فان قيل كيف يكون المعتق ههنا كفيلا ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة لا تصح قلت هذا فى حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة فى ابتدائه ببدل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبا على كل واحد منهم تصحيحا للكتابة وبعد اعتاق احدهما صار المعتق كفيلا عن غير المعتق ببدل الكتابة فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء ك (قوله مالا لا يجب الخ كان اقر باستهلاك مال ركفيه اموالى أو قرضه انسان اوباعه

وهو محجور به لا يجب عليه الا بعد (حلف الثانى) (اشهد انه مع اكعبه) ٦ عتقه وكذا اذا أودع شيأ فيستهلكه او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى علاء عـ لو كان استهلاكه لمال معاين معلوما به يؤخذ به فى الحال (قوله لوجود السبب وقبول الذمة وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح اجلا لجهالة وقت وجوده وقد لا يقع اصلا (قوله فقام المدعى الخ انما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل ع

متى يؤدى اكثر من النصف) لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا فى حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف فى حق صاحبه وسنذكره فى المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا ينتفى المساواة قال (ولو لم يؤديا شيأ حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه ويبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا ينتصف وللمولى ان يأخذ بحصة الذى لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذى اعتق رجع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لان المال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما فى يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه فى الحال والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت يبقى القيمة

(قوله بخلاف الاول لان محلها الذمة وهو العبد قد مات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله
ع (قوله متى تصح الخ لانه اذا لم يكن عليه دين تصح امر المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه بفراغ ذمته عن تعلق حق الغير الا ترى انه يملك ان يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذا له ان يأذن حتى يكفل عنه بخلاف ما اذا كان مديونا لان مولاه صار اجنبيا عنه لتعلق حق الغرماء به حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا لا يملك

امره بالكفالة ك (قوله والمانع الخ اى المانع وهو كونه عبده ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر قد زال بالعتق دون الاداء فيهما بعده فيجب الرجوع ف (قوله فأجازه فأدى الكفيل لا يرجع لان معنى الامر وان تحقق فى حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع ف (قوله ثبت مع المنافى وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافى كان غير مستقر اى ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر فى حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة فقد يكون هزوا ولعبا ف قوله ولانه الخ دليل آخر على عدم استقراره فان المستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء والابراء

واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما اذا كان عليه دين فلا تصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد) لانه دين ثبت مع المنافى فلا يظهر فى حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه فى ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافى معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة فى قول ابى حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده

﴿ كتاب الحوالة ﴾

قال (وهى جائزة بالديون) قال عليه السلام من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل فى الدين لا فى العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذى ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره فى الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفق المعانى اللغوية والتوثق باختيار الاملأ والاحسن فى القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد

﴿ والمحيل ﴾

ع (قوله فى الدين لا فى العين لان هذا نقل شرعى والدين وصف شرعى فيظهر اثره فى المطالبة مجاز اى يؤثر النقل الشرعى فى الدين الثابت شرعا اما العين فهى حسى فلا ينتقل بالنقل الشرعى بل يحتاج الى النقل الحسى ك (قوله فيه نفعه اى عاجلا باندفاع المطالبة عنه فى الحال وآجلا بعدم الرجوع عليه لانه لا يرجع عليه الا بامره ف

(قوله فلم يكن متبرعا وان قيل هو متبرع حال اداء الدين اذ لا دين عليه في الحال قطعا وما ذكرت موهوم قلنا المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث اسقط عن نفسه المطالبة والحبس حال اعساره فلا يكون متبرعا ك (قوله بسلامة الخ ما دامت الشرط اي سلامة حق المحتال له بفسخ الحوالة وعاد حقه على المحيل فيرجع به عليه فصار كوصف السلامة في المبيع بانه اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن

المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال (ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه) قال الشافعي رحمة الله عليه لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا) لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر ولا يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال (ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبته فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال (ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا

وان لم يشترط ذلك لفظا وهذا الوجه يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين بدون الفسخ وهو عبارة بعض المشايخ مل (قوله يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلانه ح لا يقدر على مطالبته واما الثاني فلانه لم يبق ذمته يتعلق بها الحق ع (قوله بافلاسه بتفليسه اي صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار مستعمل مكان اقتر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله ك (قوله ولا يكون الحوالة الخ يعني وان قيل لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا من المحتال عليه بالدين عليه اجاب بقوله ولا تكون الخ ع (قوله لانه اقدر الخ من وجهين احدهما ان الاداء منه يتحقق بعين حق المحيل وح لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر والثاني ان الوديعة حاصلة بنفسه غير محتاج اي كسب والدين قد يحتاج اليه ع (قوله وان كان الخ هذا اشارة الى حكم آخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفق في عدم بقاء ٦ ○ حق الاخذ للمحيل والرهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين التي في يد المحتال عليه او الدين الذي عليه فالمحتال اسوة للغرماء بعد موته واما المرتهن فانه احق من الغرماء الآخر بعد موت الراهن بالرهن عيني

(قوله كتاب أدب القاضي) لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات يحتاج إلى قطعها أعقبهما بما هو القاطع لها وهو القضاء والأدب الخصال الحميدة والقضاء يحتاج إليها فأدرجها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي ويكون عليه وسميت الخصال الحميدة أدبا لأنها تدعو إلى الخير والأدب في الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع والدعاء وأما القضاء فقال ابن قتيبة تستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر يعني بإكماله وفي الشرع يراد به الإلزام يقال للحكم وهو منع الظالم من الظلم وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلو امتنع الكل أثموا ولقد أمره الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله وأن احكم بينهم بما أنزل الله إليك وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا إلى اليمن ومعاذا وعليه إجماع المسلمين

كتاب ادب القاضي

قال (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الأول فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا وقال الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لأنه يجتهد كل الجهد في إصابة الحق حذارا النسبة إلى الخطأ وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي وهو يقول إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه السلام من قلد إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه حاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتني عليها قال (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه

(قوله فالصحيح الخ) ولفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن الصحيح أن يجوز ع (قوله وفي حد الاجتهاد الخ) المجتهد من يعلم الكتاب والسنة مقدار ما يتعلق به الأحكام دون المواعظ وقيل إذا كان صوابه أكثر من خطائه حل له الاجتهاد والأول أصح فصول عمادي (قوله قريحة) أي طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب إلى المبادي ويذهب إلى المطالب بسرعة ويرتب على ما ينتج أن يكون سببا للمطلوب عرفا وعادة ع (قوله قلدوه الخ) بعث معاذ معروف وروى أبو داود أن عليا بعثه النبي صلى الله عليه وسلم قاضيا وبعثه إلى اليمن (قرص) وقال الترمذي إنه حديث حسن وأخرج البيهقي أن أبا بكر ولى عمر بن الخطاب القضاء وأن أبا عبيدة الجراح وأخرج أيضا أن عمر استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال وأخرج ابن سعد في الطبقات أن عمر بن الخطاب استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقا وقلد علي رضي الله عنه شريحا كذا في الزيلعي و ابن الهمام مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده

(قوله فرض كفاية فان قيل لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا فان ادنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلاة الجنازة ونحوها قلنا نعم كذلك الا ان فيه خطرا عظيما وامرا مخوفا لا يسلم في بحره كل سابح الا من عصمه الله تعالى (قوله كيلا يصير شرطا الخ لانه قبل القضاء لا يتمكن من اجراء الظلم على غيره او ارتكاب قبيح آخر بعجزه وغروه على ولي القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرته وولايته فيصير الدخول في القضاء شرطا الارتكابه كفاية (قوله وكره بعضهم الخ سواء وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وسر الكراهة فيهما بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول في القضاء الا مكرها ع (قوله لقوله عليه السلام الخ وقيل فما دراه بعض الفقهاء وقال كيف يكون هكذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض اشعار ذقنه فعطس فاصاب الموسى حلقه والقى رأسه بين يديه درر (قوله من جعل الخ اخرج اصحاب السنن الاربعة من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي فتح (قوله فكانما ذبح الخ ذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك (قوله تقلدوا الخ في تاريخ البخاري مسندا عن ...

فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو اهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال (وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم (ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يدي من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال (وينظر في حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا (فمن اعترف بحق الزمه اياه) لان الاقرار ملزم (ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه (فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره) لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير (وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف

... جبرة قال استقضى الحجاج ابا بردة بن موسى واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة اشهر في تاريخ اصبهان للحافظ نعيم عبدالله بن ابي مريم الاموي ولي القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج واقام محبوسا بواسط فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان وتوفي بها قال ابن القطان في كتابه في باب الاستقضاء طلحة بن عبدالله بن عوف ابن اخي عبدالرحمن بن عوف تقليد القضاء من يزيد بالمدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وابي هريرة وابي بكر رضي الله عنهم فتح القدير

به من هو في يده) لان كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيهما) لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد) كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها

(قوله ولا يقبل قول المعزول اى على من هو في يده اذا انكر وقال هي لي بان المال الذي في يد رجل يكون لعمرو الا ببينة لما بينا اه مل (قوله الا اذا بدأ بالاقرار الخ بان قال هذا المال لفلان بن فلان غير الذي اقر له القاضي المعزول ثم اقر بتسليم القاضي وقال دفعه الى المعزول مل (قوله ثم اقر الخ وان بدأ بالدفع فقال دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان آخر فالقول قول المعزول ويؤمر بالدفع الى من اقر له القاضي المعزول ولو قال صاحب اليد دفعه الى القاضي المعزول وقال هو لفلان من فلان او قال دفعه ولا ادري لمن هو فالذي يقبل قول المعزول كفايه (قوله كانوا يجلسون الخ قال الزيلعي هذا غريب اقول هذا مبني على ان مراد صاحب الهداية رواية هذا اللفظ وليس كذلك بل هذا نقل بالمعنى يعني انه وقع من الصحابة الجلوس في المساجد لفصل الخصومات ففي البخاري لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم واسند الامام ابو بكر الرازي الى الحسن انه راى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة كذا في فتح القدير (قوله ولا يقبل هدية الخ. الاصل في ذلك ما في البخاري عن ابي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه السلام فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له ام لا وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية الرشوة يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا شرط معها انتهى (قوله وفيما وراء ذلك الخ
ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه هدايا يصنع به اختلفوا فيه بعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير فان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمها حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ع (هدس)

(قوله نهى عن ذلك لما روى إسحق بن راهويه عن الحسن في مسنده قال جاء رجل فنزل على علي فأضافه فلما قال إني أريد أن أخاصمه قال علي تحول فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه فتح (قوله سوى بينهما الخ المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن شماله لأن لليمين فضلا وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض

الجنائز ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لأن النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولأن فيه تهمة قال (وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال) لقوله عليه السلام إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجالس والإشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لأنه يجترئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم) لأنه يذهب بمهابة القضاء قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص (والتكفيل فصل في الحبس) قال (وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره قال (فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال (ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي إثبات غناه ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة

ثم يقضي بينهما فتح (قوله لقوله عليه السلام الخ روى إسحق بن راهويه في مسنده عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليساو بينهم في الجلوس والإشارة والنظر فتح (قوله ولا يسار الخ وينبغي أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن إساءة الأدب يقال له صاحب المجلس ويمنع من رفع الصوت في المجلس ويجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ع (قوله واستحسنه الخ تأخير دليل أبي يوسف وتسميته بالاستحسان كل ذلك دليل على أن المختار عند المص قول أبي يوسف نهاية (قوله لأن الأصل هو العسرة إذ الآدمي يولد ولا مال له والغنى يحدث عارضا والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه ع

(قوله وفي إعتاق الخ أي إعتاق أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول له ع (قوله والتخريج الخ يعني تخريج هاتين المسئلتين على وجه لا تردان نقضا على ما قال في الكتاب ظاهر الرواية حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد أن الحبس فيما يكون دينا على المدعى عليه مطلقا وفي هاتين المسئلتين النفقة ليست بدين مطلقا حتى يسقط بالموت وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة ك (قوله إنه ليس بدين مطلق فإنه قد تقدم أن الدين الصحيح هو ما لا يسقط إلا بإبراء من له أو بإيفاء من عليه عناية

(قوله بشهر لأن ما دونه عاجل والشهر آجل قال شمس الأئمة الحلواني وهو أرفق الأقاويل في هذا الباب) (قوله فإن لم يظهر الخ) أي إن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي رآها القاضي برأيه أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر أو شهرين أو أربعة على ما تقدم خلى سبيله ع (قوله ولو قامت البينة الخ) كيفية الشهادة على الإفلاس حكي عن أبي القاسم أنه قال ينبغي أن يقول أشهد أنه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلته وقد اختبرنا أمره في السر والعلانية و

فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه (فإن لم يظهر له مال خلى سبيله) يعني بعد مضي المدة لأنه استحق النظرة إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية وفي رواية لا تقبل وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسرا أبد حبسه وإن كان معسرا خلى سبيله ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لأنه ظالم بالامتناع (ولا يحبس الوالد في دين ولده) لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص (إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه) لأن فيه إحياء لولده ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله أعلم

﴿ باب كتاب القاضي إلى القاضي ﴾

قال (ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده) للحاجة على ما نبين (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وإن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم) لأن القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب إليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة ويقبل في العقار أيضا لأن التعريف

(قوله وفي الجامع الصغير الخ) إنما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا لأن رواية الجامع الصغير من حيث أن المصنف تعالى ذكر في أول هذا الفصل أنه إذا ثبت الدين على المديون بالإقرار لا يحبسه في أول الوهلة بخلاف ما إذا ثبت الدين بالبينة وما ذكر في الجامع الصغير يقتضي جواز الحبس متصلا بإقراره حيث قال يحبسه ثم يسأل عنه فثبت التناقض بين الروايتين فذكر لفظ الجامع الصغير كما هو ثم ذكر تأويله بقوله ومراده إذا أقر الخ إزالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر كفاية (قوله لسقوطها) أي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان أما الدين لا يسقط بمضي الزمان فافترقا في حق هذا الحكم فيفترقان في حق الحبس أيضا ك (قوله في الحقوق) أي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة وقيد بالحقوق لما في الأعيان المنقولة خلاف ك (قوله شرائطه) منها العلوم الخمسة وهي أن يكون من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم ع ﴿ تنبيه ﴾

(قوله وجوازه إلى آخره) والقياس يأبى جوازه لأن فيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والخاتم بالخاتم إلا أنه جوز لحاجة الناس ولما روي أن عليا رضي الله عنه جوزه لذلك ع (قوله لمساس الحاجة) ولا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لأن أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها لما يحتاج معه ذلك إلى معرفة عدالة الأصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة إلى نقل شهادتهم بالكتاب ك

فيه بالحديث ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون قال (ولا تقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال (ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم) كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف قال (فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا

(قوله لغلبة الاباق) اي فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فيمس الحاجة الى الكتب بخلاف الامة فانها داخل البيت غالبا ع (قوله بشرائط) وصفة ذلك جارية ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى ان يكتب بشهادة شهوده عنده فيجيبه الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ليرسلها ويجعل على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسله الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهد الشهود عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارا ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارا وشهدوا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده فيشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده فيبرئ كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارا لا يقضي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجواري مثله في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد امين كي لا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ع

(قوله وكذلك لو مات الخ) اى لا يقبل كتاب القاضى فيه ايضا بل يبطل حكمه ن (قوله بخلاف ما اذا كتب الخ) اى كتب من فلان ابن فلان قاضى بلد كذا الى من يصل اليه كتابى هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف يجوز توسع فيه لما ابتلى بالقضاء ك (قوله لانه غير معروف) حاصل الكلام انه فى الصورة الاولى صرح الكاتب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم فاتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم ثم يصير غيره ﴿ ٩٥ ﴾ تبعا له وفى الصورة الثانية من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط عينى (قوله فصل آخر) قال فى النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضى اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضى المكتوب اليه امضاؤه اذا كان فى محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمى فان الرأى له فى التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعدد محل الاجتهاد فذكر اصلا يجمعهما وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحقه وهذا يدل على ان هذا الفصل من تتمة كتاب القاضى الى القاضى لكن قوله آخر ينافى ذلك لانه ليس فى ذلك الكتاب فصل قبل هذا حتى يكون فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا آخر فى أدب القاضى فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر ع (قوله وفى الجامع الخ) انما ذكر رواية الجامع الصغير بهذا اللفظ المذكور لان فيه فائدتين احداهما انه قيد فيه بالفقهاء لان القاضى اذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد على غير علمه لا يجب على الثانى تنفيذ حكمه والثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك فان رواية القدورى لم يتعرض ذلك وكان يحتمل ان يحمل قوله امضاه فيما اذا كان رأى القاضى الثانى موافقا لحكم الاول واما اذا كان مخالفا فلا يمضيه واما رواية الجامع الصغير فيحكم بان ذلك الامضاء عام سوى المستثنيات من مخالفة الكتاب او السنة او الاجماع فانه لما كان يمضى حكم القاضى الاول فيما يخالف رأيه ففيما كان يوافقه اولى ن

آخر فى غير عمله او فى غير عمله ... وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضى بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معروف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معروف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفى قبوله سعى فى اثباتهما (فصل آخر) (ويجوز قضاء المرأة فى كل شئ الا فى الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه (وليس للقاضى ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك) لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثانى بمحضر من الاول او قضى الثانى فاجاز الاول جاز كما فى الوكالة وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال (واذا رفع الى القاضى حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه) وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه) والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابى حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان) ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ فى الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف فى الصدر الاول قال (وكل شئ قضى به القاضى فى الظاهر بتحريمه فهو فى الباطن كذلك عند ابى حنيفة

(وكذا)

(قوله وكذا إذا قضى الخ) يعني إذا قضى القاضي بإحلال شيء في الظاهر فهو في الباطن كذلك ومن صوره رجل ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحده فأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج وطؤها وحل للمرأة التمكين عند أبي حنيفة وعند محمد رح لا يحل لهما ذلك عيني (قوله يجوز أي إذا غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستتر في البلد والا لأن في الاستتار تضييع الحقوق دون غيره ع (قوله لقطع المنازعة لأن الشهادة خبر يحتمل ﴿ ٩١ ﴾ الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا إذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لا حاجة إليها عيني (قوله فكذلك الجواب يعني لا يقضي القاضي في غيبته وإن وجد منه الإنكار وكذا إذا أنكر وسمع البينة ثم غاب قبل القضاء ع (قوله وفيه خلاف أبي يوسف فإنه يقول الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب أجيب بأن الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات ع (قوله ومن يقوم الخ لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك (قوله كالوصي الخ احتراز عن المسخر من جهة القاضي فإن فيه اختلاف الروايتين فإنه ذكر في الذخيرة إذا نصب القاضي مسخرا عن الغائب لا يجوز لو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه ن

وكذا إذا قضى بإحلال وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال (ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الإنكار ولم يوجد ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك الجواب لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بأن كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتاب أما إذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال (ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه (وإن أقرض الوصي ضمن) لأنه لا يقدر على الاستخراج والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

(وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعا (وإذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه (وإن خالفه أبطله) لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص

(قوله على الحاضر كما إذا ادعى دارا في يد رجل أنه داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وأنكر ذو اليد وقال الدار داري وأقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصما عن الغائب لأن ما يدعي على الغائب وهو الشراء منه سببه لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب للملك

لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضا إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله

(ويجوز أن يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالإقرار) لأنه حكم موافق للشرع ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لأن الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة فلا خلاف وقيل الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق بعارض فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه

قال (وإذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى) لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصا حتى لا يكون لأهل

(قوله لأنه لا ولاية له إلخ) هو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود قالوا في ذلك لأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله لأن العاقلة لا تعقله) وأما أرش الجراحات إن كانت بحيث لا يتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم ويثبت ذلك بالإقرار أو النكول أو كانت عمدا وقضى على الجاني جاز لأنه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وإن كانت بحيث يتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدا والجناية تثبت بالبينة وكان خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا لأنه إن قضى به على الجاني فقد قضى بخلاف حكم الشرع وإن قضى بها على العاقلة فالعاقلة ما رضوا بحكمه (قوله لا بد من اجتماعهما) حتى لو حكم أحدهما دون الآخر لا يجوز لأنهما رضيا برأيهما ورأي الواحد لا يكون كرأي الاثنين ن (قوله مسائل شتى) ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبله استدراكا للفائت من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو منثورة أو متفرقة وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعده القضاء بالمواريث والرجوع وأنه لجدير بالتأخير لإعالة ع (قوله فإذا أشكل) يعني إذا لم يعلم أنه يضره أم لا لا يجوز المنع لأن الأصل الإطلاق في تصرف ملكه عيني (قوله على أنه لا يعرى) إشارة إلى أن القياس قول أبي حنيفة فوجب متابعته ك (قوله وهي) أي الزائغة الثانية المنشعبة غير نافذة ولا فرق في الأولى بين أن تكون نافذة أو غير نافذة في أن لا حق لأهلها في المنشعبة بخلاف ما إذا كانت المنشعبة نافذة لأن المرور فيها حق العامة فلأهل الأولى فتح الباب فيها كفاية

(قوله يدعي الحق الخ) لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي شركة في الطريق في تلك الزائغة ويستدل على ذلك بالباب والميزاب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنعه ك (قوله وان كانت اي الزائغة الثانية مستديرة اي سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اولها الى آخرها وهي بينهم على الشركة ن (قوله فهو جائز والدليل ان يقول مسئلة المدعي اما ان تكون مانعة للدعوى او لا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى

لان في فتحه فيما يفتح الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا بابا) لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها (ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار) وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه اسقاط والساقط فلا يفضي الى المنازعة على ما عرف قال (ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته) لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها (ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها) لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه قال (ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انه زيوف صدق) وفي بعض النسخ اقر بقبض عشرة دراهم ثم ادعى انه زيوف صدق وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه

على انسان شيئا لكنها لم تصح ذكره في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه بجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا نسلم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه يقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق ع (قوله اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة لانه قال جحدني الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب (قوله فعد مناقضا لانه وان كانت الشهادة موافقة للدعوى الا انه مناقض في الدعوى ك (قوله ان اجمع البائع اي عزم بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب لانه لم يصح معه ع (قوله اذ الفسخ يثبت به اي بالجحود لان الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل فكان بينهما مناسبة فيجعل احدهما مجازا عن الآخر ن (قوله ولانه لما تعذر الخ) ذكر في آخر وانه فرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مرتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جهته والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع بانفراده ع (قوله صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك دلالة فرق الكتاب والتصريح به في غيره ع

بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحا أو دلالة فلا يصدق والبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليها الغش

قال (ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لأن إقراره هو الأول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق أما المقر له ينفرد برد الإقرار فافترقا قال (ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الإبراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك علي شيء قط لأن التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضا لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها أصبعا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق

(قوله فلا يصدق فيما إذا ادعى الزيافة بعد ذلك لأنه مناقض أما الأول فظاهر وكذا في غيره لأن حقه في الجياد فكان الإقرار بقبض حقه مطلقا إقرارا بأنه بقبض الجياد وكذا الإقرار بقبض الثمن والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه تماما ك (قوله ما زيفه بيت المال أي رده وفي المغرب زافت عليه دراهمه أي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت أي ردت ن (قوله لا ينفرد الخ قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر في ... قبله لأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب أو ل لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما أقر المشتري في مكانه بشرائه لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ ع (قوله ينفرد بخلاف ما لو أقر بنسب عبد من إنسان وكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رح النسب من المقر لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد ك (قوله قبلت بينته ودلت المسئلة على أن التوفيق إذا كان ممكنا بين الكلامين يجب قبول البينة من غير دعوى التوفيق ن (قوله فيكون مناقضا أي في دعواه فلا تقبل البينة لأنه يقتضي دعوى صحيحة ع (قوله أظهر لأن ليس لنفي الحال فصار كأنه قال ليس لك علي شيء في الحال لأني قضيت منك ألا ترى أنه لو صرح به يصح ك (قوله فأمكن التوفيق فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته (نهر) وقيل تقبل بينته على الإبراء في هذا الفصل بالاتفاق لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة (قوله اعتبارا بما ذكرنا وهو التوفيق في الدين فإنه لو أنكر الدين أصلا ثم ادعى قضاءه فإنه يسمع ولا يكون مناقضا لاحتمال التوفيق على ما ذكرنا فكذا ههنا ووجه التوفيق ههنا هو أن يكون البائع وكيلا من المالك في البيع فكان المالك في قوله لم أبعه صادقا ثم أثبت في دعوى براءته من كل عيب لا يكون مناقضا

(قوله أو كتب في الشراء) أي لو كتب صك الشراء أو كتب في آخرهما أدرك فلانا فيه من درك فعلى فلان خلاص ذلك أي قبل هذا الكلام لفلان الخلاص على فلان ضمان الثمن وهو عليه شرط أو لم يشترط فلما يكون اشتراطه توكيدا وفيه تحرز عن قول ابن أبي ليلى لأن عنده لا رجوع بدون الشرط (قوله بطل الذكر كله) أي يبطل الصك حتى يبطل الدين الذي فيه ونفسد الشراء أيضا (قوله هو على الخلاص) يعني قوله إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء ﴿٩٥﴾ صحيح والمال المقر به لازم عيني (قوله لأن الذكر الخ) أي لأن الصك يكتب للاستيثاق والتأكيد لا للإبطال فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه عيني (قوله كما في جريان ماء الطاحونة) فإن ابهامع المستأجر إذا اختلفا فيصص المدة في جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال فإن كان جاريا في الحال كان القول قول رب الطاحونة وإن لم يكن جاريا كان القول قول المستأجر عيني (قوله وهو يعتبره للاستحقاق) لأن زفر لم يجعل استحقاقها للميراث في الحال بل بأن الأصل في الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضا ظاهر والظاهر استصحابا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق ع (قوله لا يؤمر بالدفع الخ) فإذا ضيع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن أولا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه

وروي عنه إن شاء الله تعالى أو كتب في الشراء وعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عنده وقالا إن شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الإقرار) لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق وكذا الأصل في الكلام الاستبداد وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

قال (وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة) وقال زفر القول قولها لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وهو يعتبره للاستحقاق (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال) لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه) لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حق المودع إذ هو حي فيكون إقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع إليه (فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الأول ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول) لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقرارا على الأول فلا يصح إقراره للثاني كما إذا كان الأول ابنا معروفا ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصح

يضمن فكذا من وكيله وإن سلمه فهلك ثم جاء المودع وأنكر الوكالة لا يضمن لأنه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته ولقائل أن يقول كان الواجب في المسئلة الأولى لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيمته منه أيد كالدين وغيره فخلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب أن استحقاق الوارث يثبت بإقراره بيقين وما يوجب قيامه حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به ع (قوله ولا كذلك بعد موته) لأنه زعم أن الميت لم يبق مالكا وأن المالك هو الوارث فتمكن في تصحيح إقراره فقيد إقراره في ملك الغير ع

وحين الحق للذي له مكتب فلم يصح قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما إذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولأبي حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان والأصح أنه على الخلاف وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله وهو ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال (وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالا إن كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجحد ترك في يده) لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لأنه أمين وله أن القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما إذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة فيه أظهر

(قوله أو لم يقل الخ أما إذا قالوا لا نعلم وارثا غيره دفع إليه من غير كفيل ولا تأني عندهم ك (قوله أو أعطى امرأة الغائب الخ فإن امرأة تستحق وزوجها غائب وله عنده مال وديعة والمودع مقر بالوديعة والزوجية فالقاضي يعرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ك (قوله ثابت قطعا أن لم يكن له وارث آخر بيقين أو ظاهرا إن كان له وارث آخر في الواقع ولم يظهر عند الحاكم فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه وإثباته قطعا أو ظاهرا لا يؤخر الخ ع (قوله لا يكفل أي لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذي أثبت شراءه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي أثبت دينه على العبد حتى يبيع العبد لأجل دينه وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد فعلم أن الثابت المعلوم لا يؤخر إلى زمان التكفيل لأمر موهوم ك (قوله لا كما ظنه البعض ولذا نسبوا القول بأن كل مجتهد مصيب إلى أبي حنيفة وإنما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن أبي حنيفة أنه قال لأبي يوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد فلا معنى هذا الكلام أنه مصيب في حق عمله حتى أن عمله يقع صحيحا شرعيا وإن كان مخطئا للحق عند الله تعالى ك (قوله وقع للميت لأن الوارث خليفته في ميراث ولا إرث إلا بعد ثبوت الملك للمورث ولذا يقدم دينه على الميراث وينفذ وصاياه منه ك (قوله لصيرورة الحادثة الخ لا نقل موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة وانصراف لا يجدها أمور محتملة فكان الجحود محتملا لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له ع (قوله لأنه يحتاج فيه أي الحفظ فلأنه ليس بمحصن بنفسه للانتقال من محل وأما أن النزع أبلغ فيه فلأنه لا يتمكن من بيعه والتصرف فيه لجحوده أو يزعمه أنه ملكه وإذا نزعه الحاكم ووضعه على يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا ع (قوله وصي الأم والأخ والعم وإنما خصهم لأنه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب الحفظ ب

(الحاشية)

(قوله لامته اى الحفظ والحفظ بالترك فى يده ثم لانه يصير مفرطا صورة ومعنى لانه لو هلك فى يده يجب عليه الضمان لانه بالانكار صار غاصبا ولو امتحن به ووضع فى يد امين لا يصير مفرطا معنى لانه غير مضمون عليه ك (قوله لانه انشاء الخصومة لان ذا اليد به الايداع نفسه فى دفع الكفيل والامر الحاضر يطالبه بالكفيل حيث الخصومة (قوله اذا كان الكل الخ يعنى لو ادعى احد على احد الورثة دينا على الميت يكون هو خصما فى جميع التركة

ولا يكون خصما على جميع الورثة ان كانت التركة جميعها فى يد المدعى

لحفظه اى الحفظ انما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضى انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضى له وعليه انما هو الميت فى الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفى الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين على الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل فى يده ذكره فى الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما فى يده

(ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شئ) والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما فى الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهى فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية فتقع فى حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابى يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة فى العشرية راجحة عنده وعند محمد لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة فى المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا مخصص فى لفظ الملك فبقى على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشئ لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله (ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى

(قوله ذكره فى الجامع ذكر فيه انه انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى فى يد الوارث الحاضر وكان المدعى فى يده بتمامه ك (قوله فهو على ما فيه الزكوة اى يجب عليه صدقة جميع ما يملك من اجناس الاموال التى يجب فيها الزكوة كالنقدين ومال السوائم واموال التجارة قليلها وكثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه لان ذلك يتقدر به الزكوة اذا التصقت به غيره كانهم اعتبروا الجنس دون القدر ولا يجب عليه التصدق بما لا يكون من جنس ما يجب فيه الزكوة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك ك (قوله لانها خلافة كهى اى كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت والله تعالى اوجب المواريث فى كل عين ودين (قوله اعم من لفظ المال لان لفظ الملك يطلق على المال وغيره فانه يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال وذلك فى ان ينصرف الى كل مال فصار كانه قال كل مال املكه فما يتصدق به فهو صدقة فلا ينصرف الى مال الزكوة وغيره كذا هذا (قوله والمقيد الخ جواب عما يقال الصدقة فى الاصل مقيدة فى الشرع باموال الزكوة وزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية ل

(قوله) لما فى تصرف الوارث لو باع الوارث تركة المورث بعد موته وهو لا يعلم هو جاز بيعه فكذا الوصى ك (قوله) فيتوقف على العلم فان قيل اذا قال لرجل اشترعبدى من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وبيع عبده صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه يثبت ضمنا والكلام فى الوكالة التى تثبت قصدا ع (قوله) ومن اعلمه الخبر اى اذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا او غير ذلك بعد ما كان مميزا اجاز تصرفه ع (قوله) لانه اثبات حق اى اطلاق محض لا يشتمل على شئ من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف عينى (قوله) حتى يشهد الخ اى ان يخبر مخبران والمراد بالشهادة الاخبار لان لفظ الشهادة ههنا ليس بشرط ك (قوله) شاهدان العدالة شرط فى المخبرين هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة لانه لو صح هذا الخبر من الفاسقين فكان الزاما بقول الفاسق وذلك لا يجوز وبه اخذ الفقيه ابو جعفر الهندوانى وزعم انه ظاهر المذهب عند ابي حنيفة ومعنى ما اطلق فى الكتاب محمول على ما اذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة كذا فى النهاية ك (قوله) للحاجة الى الارسال فانه ربما لا يتفق لكل احد فى كل وقت بالغ عدل يرسله اى وكيله عينى (قوله) والمسلم الذى لم يهاجر الخ اى حربى اسلم فى دار الحرب ولم يهاجر فاخبر بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا واثنين (حتى تعلمه) لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاؤها وان كان المخبر فاسقا ان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الاختلاف الذى قلت عنده لا يلزمه خلافا لهما وقال شمس الائمة السرخسى والاصح عنده انه يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم ك

بيع شيأ من التركة فهو وصى والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن ابى يوسف انه لا يجوز فى الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهى الوكالة وجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما فى تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفى الاول يفوت لعجز الموصى (ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام امر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل) وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر الينا (واذا باع القاضى او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لان امين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشترى على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم (وان امر القاضى الوصى ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشترى على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضى عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (ويرجع الوصى على الغرماء) لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التى غرمها ايضا لانه لحقه فى امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له (فصل آخر) (واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل) وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله

حتى يعاين الحجة لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولأن طاعة أولي الأمر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الإمام أبو منصور إن كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وإن كان عدلا جاهلا يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال (وإذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها إلى فلان قد قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا) لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا) وهو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان) لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه) لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

(قوله إلا في كتاب القاضي) أي إلى القاضي فإنهم لم يأخذوا فيه بهذه الرواية وأخذوا بظاهر الرواية غ (قوله وقال الإمام الخ) أي ظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقال الإمام أبو منصور الخ ع (قوله فإن أحسن التفسير) بأن يقول في حد الزنا إني استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة أنه ثبت عندي بالحجة أنه أخذ منه نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص أنه قتل عمدا بلا شبهة وإنما احتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا ك (قوله أنهما) أي أن القاضي والمأخوذ منه المال أو المقطوع يده عيني (قوله لأنه الخ) ولأنا لو أوجبنا اليمين على القاضي في مواضع اليمين لامتنع الناس عن الدخول في القضاء فيتعطل أمر الناس (قوله ولا يمين على القاضي) لأنه لو لزمه اليمين صار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ والقاضي أمين لا خصيم ك (قوله ولو أقر الخ) أي لو أقر القاطع بأمر القاضي أو آخذ المال بأمر القاضي بالقطع والأخذ بقضاء القاضي لا يضمن أيضا كالقاضي لأنه أي لأن القاطع أو الآخذ فعله في حالة القضاء فلا يضمن ن (قوله لأنه أسند الخ) لأمر أي حالة القضاء تنافي الضمان فاقتضى بذلك الإسناد منكر والقول للمنكر (قوله في هذا الفصل) أي في هذه الصورة وهي صورة زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أن القاضي قطع وأخذ ماله قبل التقليد أو بعد العزل ن (قوله يضمنان) فإن قيل قد وجد منه الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان فيجب أن لا يضمنا كالقاضي قلنا إن هذه حجة يعارضها ما هو أقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الإقرار بسبب الضمان لأن هذه حجة قطعية تكون إقرار كل منهما حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر أنه لا يعارض القطعي ن

(قوله ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا) والنهي عن الاباء عند الدعاء امر بالحضور عند الدعاء ك (قوله ولا تكتموا الشهادة الخ) هو الظاهر ويدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد الضدين وهو الكتمان مستلزم ثبوت الضد الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه يكون الاظهار ثابتا وثبوته بالاداء وما لم يجب لا يثبت مكان اظهار الاداء واجبا ع (قوله فانه آثم قلبه) وعيد واستحقاق الوعيد بترك الواجب ثم لم يقتصر على قوله فانه آثم لم يرد به الثناء كيف وان اسناد الفعل الى الجارحة التي يعمل بها اتم من الاسناد الى الجملة لان القلب رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلحت صلح البدن كله وان فسدت فسد البدن كله ك

قال (الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي) لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق (والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار) لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك (والستر افضل) لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر (الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ) احياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال (والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا قال (وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية) ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود

(قوله فيتوقف الخ) نقض بما اذا علم الشهادة الشاهد ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه لو لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب انه الحق بالمطلوب دلالة فان موجب الاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فالحق به ع (قوله عن النبي صلى الله عليه وسلم) للبخاري عن ابن عباس في حديث ماعز قال له عليه السلام لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا قال افنكتها قال نعم فعند ذلك امر برجمه انتهى واخرج ابو داود ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع انتهى ت (قوله يعتبر فيها اربعة) (من الرجال) انما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فقط هو لان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ع (قوله وتوابعها) كالاجارة والاعارة والكفالة والاجل وشرط الخيار كفاية (قوله والنكاح) وكذا الطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ع

(قوله وهو المشاهدة الخ اى اهلية قبول الشهادة بالولاية المشاهدة والضبط وحسن السمع والفهم والحفظ الى وقت الاداء ادق لفظ الكتاب موضع مثل لانه لا يثبت بها اهلية الشهادة لان هذه الاشياء ثابتة للعبد والصبي العاقل والكافر ولا شهادة لهم ك (قوله وعدم قبول الخ ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل لا عن قوله قصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف وما روى عنه صلى الله عليه وسلم انهن ناقصات عقل ﴿ ١٠١ ﴾ فالمراد منه العقل بالفعل وهو ان تحصيل النظريات

ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثانى يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضى ولهذا يقبل اخبارها فى الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال (وتقبل فى الولادة والبكارة والعيوب بالنساء فى موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعى فى اشتراطه الاربع لانه لما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام (ثم حكمها فى الولادة شرحناه فى الطلاق) واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل فى العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا فى رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبى لا تقبل عند ابى حنيفة فى حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا فى حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما تقبل فى حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال (ولا بد فى ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته) اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم ولان العدالة هى المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابى يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا وقال الشافعى لا يصح والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة

المفروغ عنها من شانها عبر افتقار الى اكتساب وبذلك لا تصلح للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثانى ايضا كذا قيل ك (قوله ليخف النظر اى النظر الى العورة حرام الا انا اعتبرنا نظر جنسها لان نظر الجنس اخف لان نظر المرأة الى عورة المرأة اخف من نظر الرجل الى عورة المرأة عن (قوله اخف بعتبر العورة ولهذا بعد الموت تغسل المرأة المرأة والرجل الرجل ك (قوله لما فيه من معنى الالزام ولهذا يشترط الحرية والاسلام ولفظ الشهادة واختص بمجلس القاضى ك (قوله فى الطلاق اى باب ثبوت النسب وهو قوله واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة ك (قوله يثبت بقولهن الى فى الحال وقيام العيب فى الحال شرط لصحة الخصومة ك (قوله فصار

الخ والجواب ان المعتبر فى ذلك امكان الاطلاع ولا شك فى ذلك فلا يعتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء ع (قوله من العدالة واحسن ما قيل فى تفسير العدالة ما نقل عن المصنف من ان العدل فى الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطئه ن (قوله والاول اصح اى عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا سواء كان ذا وجاهة او لم يكن اصح لان قبول الشهادة اكرام للشاهد حيث يحيى به الحقوق وقد امرنا باهانة الفاسق

(قوله تطقت باشتراطها اى وردت النصوص بلفظة الشهادة والاشهاد والاستشهاد بلفظ الشهادة والاشهاد والاستشهاد هو قوله تعالى واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واشهدوا شهيدين وقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فلان يكون اشتراطها بتلك اللفظة صريحا والى هذا اشار بقوله اذ الامر فيه بهذه اللفظة فدار الامر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر واما تبديل لفظ الله اكبر بالله اجل اذ الله اعظم وان ورد صريح النص به فى قوله تعالى وربك فكبر فحصول المقصود وهو التعظيم والتفعل فعا ل

ولان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين كقوله اشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله فى ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة فى شهادة النساء فى الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والاسلام قال

(ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف ومثل ذلك مروى عن عمر ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم فى دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع (الا فى الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود) لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم فى السر والعلانية لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح (وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم فى السر والعلانية فى سائر الحقوق) لان القضاء مبنى على الحجة وهى شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما فى هذا الزمان (ثم التزكية فى السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل) وكل ذلك فى السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد (وفى العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد) لينتفى شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الاول ووقع الاكتفاء فى السر فى زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال

(وفى قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن ابى يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان فى زعم المدعى وشهوده ان الخصم كاذب فى انكاره مبطل فى اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال

ل (قوله مروى عن عمر كتب عمر رضى الله عنه كتابا الى ابى موسى رواه الدار قطنى وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى حد ل (قوله فيشترط لاستقصاء فيها اذ السؤال عن العدالة ربما يفضى الى الدرء والدفع فيجب السؤال احتيالا له ل (قوله ولان الشبهة الخ اى العدالة وان كانت ظاهرة لكن احتمال كونه غير عدل ثابت فتحمل هذه الشبهة بالدرء ل (قوله المستورة هو اسم الرقعة التى يكتبها القاضى ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكى سميت بذلك لانها تستر عن نظر العوام ك (قوله ويردها المعدل الخ يانه اذا وصل الرقعة الى المزكى فالمزكى يسأل عنهم من اهل معرفتهم ومن جيرانهم واهل محلتهم فان لم يجدوا فمن اهل سوقهم فاذا قال المسئول عنه هو عدل يكتب المزكى فى آخر الرقعة انه عدل مرضى عندى جائز الشهادة ومن عرف فسقه يصرح به ومن لم يعرفه لا بالعدل ولا بالفسق يكتب تحت اسمه فى كتاب

انه مستور عيني (قوله تحرزا عن الفتنة لان الشهود قد يؤذون المزكى ويقع بينه وبين الشهود عداوة (رمز) عيني (قوله بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعى يقابلون الجرح بالاذى ك (قوله وهذا اصح لان فى زماننا كل من فى دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضى عن اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته ع (قوله وموضوع الخ جواب عما يقال تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرطيته بالاتفاق

رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحد اجاز والاثنان افضل) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لايجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لايشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء اشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها (ولايشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر) حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ماقاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد

(فصل)

(ومايتحمله الشاهد على ضربين احدهما ماثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه) لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع قال (ويقول اشهد انه باع ولايقول اشهدني) لانه كذب (ولو سمع من وراء الحجاب لايجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لايقبله) لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم (الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولايراه له ان يشهد) لانه حصل العلم في هذه الصورة (ومنه مالايثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها) لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلابد من الانابة والتحميل ولم يوجد (وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد) لانه ماحمله وانما حمل غيره قال (ولايحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة) لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما

(قوله وعلى هذا الخلاف يعني يكفي الواحد للرسالة والترجمة عند الشيخين وعند محمد لابد من اثنين فلايتعداها أي فلايتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية فان قيل فيلحق هنا بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انما يلحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فصدر الالحاق مل (قوله وكذا العدد الخ فيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر ﴿ ١٥٣ ﴾ لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في احدهما دون الآخر واليه اشار بقوله على ماقال الخصاف ع (قوله مايثبت حكمه بنفسه أي من غير احتياج الى الاشهاد الاترى ان حكم البيع وهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في نظائره مل (قوله قال الله تعالى الخ التمسك بالآية على قوله وسعه ان يشهد به لانه اطلق اداء الشهادة بمجرد العلم وقد حصل ذلك بالرؤية في المرئيات والسماع في المسموعات والعلم شرط جواز الاداء حيث جعله حالا في قوله تعالى وهم يعلمون والاحوال شروط وشرطا في قوله عليه السلام اذا علمت الخ ك (قوله وهم يعلمون قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء مخالف للتعبيرين جميعا فانهما يدلان على شرطيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعة للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه ع (قوله وقال النبي الخ قلت اخرج البيهقي في سننه والحاكم في المستدرك في كتاب الاحكام عن ابن عباس ان رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد او دع انتهى ت (قوله ومنه مالايثبت الخ هذا بيان للضرب الثاني من الضربين اللذين ذكرهما بقوله ومايتحمله الشاهد الخ عيني

(قوله شهادته الخ) اى شهادة الشهود عند القاضى ثبتت فى قمطره اى خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه القاضى م (قوله او قضيته) اى وجد حكمه مكتوبا فى خريطته ن (قوله ولا يذكرها الخ) اى اذا وجد الشاهد شهادته فى الصك وعلم انه خطه لا يحل له ان يشهد بمجرد هذا لان الصك فى يد غير القاضى فلا يكون تحت ختم يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فلا يحصل العلم بذلك مل (قوله ويتعلق بها احكام كالارث فى النسب والموت والنكاح وثبوت الملك فى قصة القضاء وكمال المهر والعدة والنسب فى الدخول ع

لم يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضى شهادته فى ديوانه او قضيته لان ما يكون فى قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقص فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة فى الصك لانه فى يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذى كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قال (ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به) وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيه الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغى ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضى انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد فى الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا فى يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف وعن ابى يوسف آخرا انه يجوز فى الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد انه يجوز فى الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة

﴿ بالتسامع ﴾

(قوله وانما يجوز الخ جواب عما يقال هذا الاستحسان مخالف للكتاب اذ العلم مشروط فى الكتاب ولا علم فيما نحن فيه وتقرير الجواب انا لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه لانه انما يجوز الخ عينى (قوله ويشترط ان يخبره الخ هذا على قول ابى يوسف ومحمد واما على قول ابى حنيفة فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبه لفظ الخبر (قوله وينبغى ان يطلق الخ والفرق بين الاطلاق والتفسير انه اذا اطلق يعلم انه وقع فى قلبه صدقه فيكون شهادة عن علم ولا كذلك اذا فسر ويقول سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد ك (قوله وكذا اذا رأى الخ اى جاز له ان يشهد انها امرأته فان سأله القاضى هل كنت حاضرا قال لا تقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالتسامع كما يشهد ان امهات المؤمنين ازواج النبى صلى الله عليه وسلم وقيل لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضى انه يشهد بالتسامع ولو قال اشهد لانى سمعت لا تقبل فكذا هذا ع (قوله انه يجوز فى الولاء الا ترى انا نشهد ان قنبر مولى على رضى الله عنه وعكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنه وان لم ندرك ذلك ك

(قوله في أصله) قال الإمام ظهير الدين المرغيناني لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة أو نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف أنهم بعدما شهدوا أن هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم أن يشهدوا بدأ من غلته فيصرف إلى كذا ولو قالوا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم ك (قوله ومن كان الخ) صورته رجل رأى عينا في يد إنسان ثم ﴿ ١٥٥ ﴾ رآها في يد آخر والأول يدعي الملك وسعه أن يشهد أنه للمدعي ل (قوله أنه له) فإن وقع في قلبه أنه ملك غيره لا يحل له أن يشهد بالملك لذي اليد لأن الأصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة ك (قوله تفسير لإطلاق محمد في الرواية) وهو قوله وسعك أن يشهد أنه له يعني إذا وقع ذلك في القلب ع (قوله إن عاين الملك) بأن عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة ووقع في قلبه أنه له حل الخ ك (قوله وإن لم يعاينهما) أي المالك والملك ولكن سمع من الناس قالوا إن لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها كذا وهو لم يعرف الضيعة ولم يعاين يده عليها ك (قوله أو عاين المالك) بأن عرف الرجل معرفة تامة وسمع أن له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها ك (قوله يمكن التحرز عنها الخ) فإن بالشهود البصراء كثرة وفيه غنية عن شهادة الأعمى وفي هذا القول إشارة إلى الجواب عن الميت فإن الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لأن المدعي وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه ع (قوله بخلاف ما إذا ماتوا الخ) جواب عما يقال لا نسلم قيام الأهلية وقت القضاء شرط فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمتنع القضاء ولا أهلية عنده غيابه

بالتسامع في أصله دون شرائطه لأن أصله هو الذي يشتهر قال (ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له) لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها وعن أبي يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك قلنا والتصرف يتنوع أيضا إلى نيابة وأصالة ثم المسألة على وجوه إن عاين المالك والملك حل له أن يشهد وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لأن النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وإن لم يعاينهما أو عاين المالك دون الملك لا يحل له وأما العبد والأمة فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لأنه لا يد لهما وإن كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لأن لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن أبي حنيفة أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة تقبل فيما يجري فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي يجوز إذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد لأن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية بالموت قد انتهت

وبالغيبة ما بطلت قال (ولا المملوك) لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلى نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره (ولا المحدود فى قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود فى غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعى تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر فى قذف ثم اسلم يقبل شهادته) لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال (ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده) والاصل فيه قوله عليه السلام لا يقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال المراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذى يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت لهم وقيل المراد به الاجير مسانهة او مشاهرة او مياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال (ولا يقبل شهادة احد الزوجين للآخر) وقال الشافعى تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدى متحيزة ولهذا يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى (ولا

(قوله لكونه مانعا عن القذف لان فيه معنى الزجر لانه يؤلم قلبه كما ان الجلد يؤلم بدنه وقد آذى بلسانه فعوقب باهدار منفعة لسانه جزرا وفاقا فيبقى بعد التوبة كاصله وهو الجلد لان رد شهادته من تمام الحد واصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتمم له (قوله الاستثناء ينصرف الخ لان الاستثناء ليس براجع الى جميع ما تقدم اذ من جملة قوله تعالى فاجلدوهم ولا يقع الجلد بالتوبة عيني (قوله فرد شهادته الخ لانه لابد فى حد القذف من رد الشهادة وانما حصلت له الشهادة بعد العتق يرد شهادته الان تتميما للحد عيني (قوله الاجير مسانهة الخ وهو الاجير الواحد واما شهادة المشترك فمقبولة لان منافعه غير مملوكة للمستأجر ولهذا له ان يؤجر نفسه من غيره فى مدة الاجارة ع (قوله ولهذا اى لاجل تميز الاملاك وتحيز الايدى يجرى القصاص بينهما بان يقبض من احدهما بدين الآخر وكل من كان كذلك يقبل شهادته فى حق صاحبه كالاخوين والاعمام عيني (قوله من النفع اى النفع الحاصل منه للشاهد فان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه ك (قوله كما فى الغريم اذا شهد الخ حيث يقبل شهادته وان كان له فيه نفع لان النفع غير نفع حصل ضمنا (قوله بخلاف شهادة الخ جواب عما ذكر الشافعى ووجهه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذى يتصرف فى مالها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر امر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان ع (قوله مسانهة محركة سال اجره سنة اوسنوه سانهه مسانهة سالاسال داداور اجيرى وسالانه كردورا بركارى من تمام الاية والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا الاية

كاتبه) القلب (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه) لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال (ولا تقبل شهادة مخنث) ومراد المخنث في الردى من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائحة ولا مغنية) لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال (ولا مدمن الشرب على اللهو) لانه ارتكب محرم دينه (ولا من يلعب بالطيور) لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال (ولا من يغني للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال (ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد) للفسق قال (ولا من يدخل الحمام من غير مئزر) لان كشف العورة حرام (او يأكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج) لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال (ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق) لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية) وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه وصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم قيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم قال (وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم)

(قوله لما قلنا اي من كون المال موقوفا مراعى لانه ان ادى بدل الكتابة صار احسنا وان لم يؤدها رد رقيقا فكانت شهادة لنفسه ع (قوله لانه شهادة لنفسه اي في البعض ذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزية اذهي شهادة واحدة ع (قوله من الافعال اي افعال النساء من التزين بزينتهن والتشبه بهن في الفعل والقول فالفعل مثل كونه محل اللواطة والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبيها بالنساء عيني (قوله ولا مدمن الشرب على اللهو اطلاق الشرب على اللهو في حق المشروب يتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا وفي فتاوي قاضيخان رح ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا يبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما تبطل اذا ظهر ذلك او يخرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب ك (قوله بابا من الكبائر الخ اختلفوا في تفسير الكبيرة قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول الله عليه السلام في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وهو قول اهل الحجاز واهل الحديث وزاد بعضهم على هذه السبع اكل الربوا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة والاصح ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الائمة الحلواني رح انه قال ما كانت شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر فوجب سقوط العدالة كذا في الذخيرة ك (قوله كالبول على الطريق وذكر الكرخي لا تقبل شهادة من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره ن

(قوله فصار كالمرتد) لا تقبل شهادة المرتد لجنسه ولا لغير جنسه وكذا الكافر ك (قوله ولنا ما روي) الخ قلت غريب بهذا اللفظ وهو غير مطابق للحكمين فإن المصنف قال وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم ثم استدل بالحديث ولو قال أهل الكتاب عوض النصارى كان أولى وموافقا للحكمين أعني اتحاد الملة واختلافهم. هكذا أخرجه ابن ماجه في سننه عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على

وقال مالك والشافعي لا تقبل لأنه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولأنه من أهل الولاية على نفسه وعلى أولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الأديان كلها بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به والله أعلم المستأمن لأنه لا ولاية له عليه لأن الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة وإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لأنه من أهل دارنا ولا كذلك المستأمن (وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألم بمعصية) هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة إذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فأما الإلمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لأن في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح إحياء للحقوق قال (وتقبل شهادة الأقلف) لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافا بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلا (والخصي) لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولأنه قطع عضوه ظلما فصار كما إذا قطعت يده (وولد الزنا) لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لأنه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال (وشهادة الخنثى جائزة) لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لأن نفس العمل ليس بفسق

بعضهم انتهى ك (قوله وملل الكفر) جواب عما يقال كما أن بين المسلم والذمي معاداة فكذلك بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين المجوس فكان ينبغي أن يكون اختلاف الملل مانعا ك (قوله الأقلف) هو من لم يختن وأبو حنيفة رح لم يقدر له وقتا معينا إذ المقادير تعرف بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا إجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر سنين وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده لما روي أن الحسن والحسين رضي الله تعالى عنهما ختنا اليوم السابع أو بعده لكنه شاذ ع (قوله لأنه) أي لأن ترك الختان لا يخل بالعدالة لأن الختان سنة وترك السنة لا يخل بالعدالة وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا تقبل شهادته ل (قوله عدلا) قال الزيلعي في تخريجه إنه يوجد في بعض نسخ الهداية وعن ابن عباس لا تقبل شهادة الأقلف ولا تقبل صلوته ولا تؤكل ذبيحته انتهى وقد أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ل (قوله عمال السلطان) وهم الذين يعينون السلطان في أخذ الحقوق (الا) الواجبة كالخراج وزكوة السوائم ونحوهما وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم لأن من الناس من قال لا تقبل شهادة هؤلاء وإنما أورد هذه المسئلة رد القول هذا القائل لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث أفضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحا

ولا إذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل العدل إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف في الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة

قال (وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وإن أنكر الوصي لم يجز) وفي القياس لا يجوز وإن ادعى وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما إذا أنكر أو لم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين إذا كان لهما على الميت دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما (وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لم تقبل شهادتهما) لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك) لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام ولأنه هتك السر والستر واجب والإشاعة حرام وإنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك تقبل) لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لم تقبل) لأنه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وإن كان أمرا زائدا عليه فلا خصم في إثباته لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه

(قوله إذا كان وجيها الخ) لعله يريد به إذا كان مع ذلك عدلا فإنه إذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك بل يعدل على ذلك بمثله بما مر عن أبي يوسف في الفاسق ع (قوله لعود المنفعة إليه) وهذا لأن الوارثين قصدا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في إحياء حقوقهما والغريمان قصدا نصب من يستوفيان منه فيبرآن بالدفع إليه والوصيان قصدا من يعينهما على التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدا من يدفع إليهما حقهما ك (قوله ﴿ ١٠٩ ﴾ والوصيان الخ) جواب لما يقال إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى نصب وصي آخر على الميت فلا يكون له ذلك من غير شهادة فيمكن التهمة في الشهادة ك (قوله بخلاف ما إذا أنكرا الخ) أي بخلاف ما إذا كان الموصى جاحدا لأن القاضي ليس له إجبار أحد على قبول الوصية وبخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهرا لأنه حينئذ لم يكن له ولاية نصب الوصي إلا بهذه البينة فيصير الشهادة موجبة فبطل بمعنى التهمة ك (قوله تقبل الشهادة) قيل معنى القبول أمر القاضي إياهما بأداء ما عليهما إليه لا إبراؤهما عن الدين بهذا الأداء لأن استيفاء الدين منهما حق عليهما والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها ك (قوله مما لا يدخل تحت الحكم) وليس في وسع القاضي إلزامه والبينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي إلزامه ك (قوله إلا إذا شهدوا الخ) استثناء من قوله لأن الفسق وهو منقطع بمعنى لكن عيني (قوله لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم) وبه يقدر القاضي على الإلزام لأنه لا يرتفع بالتوبة ولأنهم ما شهدوا بإظهار الفاحشة وإنما حكوا إظهار المدعي عن غيرهم فلا يصيرون فاسقين فيثبت المشهود به ك (قوله والاستئجار الخ) جواب سؤال مقدر بأن يقال بأن هذا ليس بجرح مجرد بل هو إثبات أمر زائد وهو استئجار المدعي وهو إثبات لحق المدعى فيثبت في ضمنه الجرح وحاصل الجواب أنه نعم كذلك إلا أن المدعى عليه ليس بنائب عن المدعي في إثبات الحق له بل هو أجنبي عنه فبقي جرحا مجردا اهـ

(قوله ولهذا قلنا) أي بما قلنا من أن الشهادة على الجرح المجرد لا تقبل وهو ما ليس فيه حق الله أو حق العبد قلنا إنه أمر عجيب بعد إعادته ليس له ذكر في الهداية فكان المناسب أن يقول ولهذا لو أقام البينة الخ مع (قوله فإن كان عدلا الخ) وإن كان غير عدل يرد شهادته مطلقا أي سواء قال في المجلس أو بعده في موضع التهمة أو غيره (قوله يتلبيس) أي على الشهود وما أطماع المدعي الشهود بعدم التمييز وأيضا يوهم النقصان من المدعى عليه بمثل ذلك ع (قوله لأن المجلس الخ) دليل آخر على ذلك وهذا إشارة ﴿ ١١٠ ﴾ إلى ما قال شمس الأئمة السرخسي فإن هذا الدليل يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان مل (قوله وعلى هذا) أي على اعتبار اتحاد المجلس في عدم التلبيس واعتبار اختلافه في وجود التلبيس مل (قوله إذا وقع الغلط في بعض الحدود بأن يذكر الجانب الشرقي مكان الجانب الغربي أو على العكس أو في بعض النسب بأن يذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلا فتقبل إذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعده ك (قوله وما يجري مجرى ذلك بأن ترك ذكر اسم المدعي أو المدعى عليه أو ترك الإشارة إلى المدعي أو المدعى عليه ك (قوله أنه يقبل الخ) أي يقبل في غير المجلس أيضا في جميع ذلك لأن فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتغيير والظاهر ما ذكره أولا من تقييد ما فيه شبهة التغيير بالمجلس ع (قوله والظاهر) أي ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو أن شهادته تجوز إذا قال أوهمت إذا لم يبرح من مكانه بعد أن كان عدلا فإن برح (حسن) فلا يقبل (قوله باب الاختلاف في الشهادة) تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلا والاختلاف إنما هو بعارض الجهل والكذب فهو وضعا للتناسب ع (قوله في حقوق العباد) قيد به لأنه لا يشترط في حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة لأن كل واحد خصم في إثبات حق الله تعالى لأنه واجب الرعاية على كل أحد فصار كأن الدعوى موجودة وحق الإنسان يتوقف على مطالبة أو مطالبة من يقوم مقامه ن

وكذا إذا أقاما على أن صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي تقبل قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي فإن كان عدلا جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك إذا اختلف وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

﴿ باب الاختلاف في الشهادة ﴾

قال (الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل) لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمع عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسمائة ولأبي حنيفة أنهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف

(قوله بخلاف العشرة الخ يعني ان المدعي يدعي خمسة عشر وشهد احدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر فلا يثبت عند ابي حنيفة لان الموافقة بين اللفظين شرط ولم توجد عيني (قوله لانه ليس بينهما الخ لان خمسة عشر تذكر بغير حرف العطف فكانت كلمة واحدة غير العشرة فلم توجد الموافقة ب (قوله لانه كذبه الخ فلم يبق الا شاهد واحد فلا يثبت به فان قيل لم يكذبه الا في البعض فما له لا يقضى به على الباقي ﴿ ١١١ ﴾ كما يقضى بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر به في بعض ما اقر به اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار عنايه (قوله وكذا اذا سكت اي ادعى الالف ولم يتعرض للخمسمائة لا نفيا ولا اثباتا وسكت عن قوله لم يكن لي الا الالف وباقي المسئلة بحالها فلا يقضى له بشيء ك (قوله في الجامع الصغير الخ الفرق بين مسئلة الجامع ومسئلة المتن ان في مسئلة الجامع شهد احدهما بقضاء كل الدين وفي مسئلة المتن شهد بقضاء بعض الدين عيني (قوله ومثله لا يمنع القبول بيانه ان الشاهدين اذا شهدا لانسان بمال ثم شهدا عليه بمال لانسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذي هو مشهود له اولا يقضى بما شهدا له وان كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه لان هذا التفسيق عن اضطرار والموجب للرد هو التفسيق عن اختيار وكذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار فكذبهما المشهود له في المائة الدينار تقبل شهادتهما ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه وهو القضاء فلا يقدح في شهادته له ك (قوله وقالا لا يقطع في الوجهين الخ هذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي سرقة بقرة فقط اما اذا ادعى سرقة بقرة بيضاء او سوداء لا يقبل شهادتهما بالاجماع لانه كذب احد الشاهدين ك

من المال قال (واذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطف احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين (وان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة) لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الف وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال (واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله انه قضاه) لانه شهادة فرد (الا ان يشهد معه آخر) وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال (وينبغي للشاهد) اذا علم بذلك (ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة) كيلا يصير معينا على الظلم (وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بيناه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال (واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما اولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل) لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال (واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع) وهذا عند ابي حنيفة (وقالا لا يقطع في الوجهين) جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل

(قوله لأن أمر الحد أهم) أي الحد أعسر إثباتا من الغصب لأن الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحد فلما لم يثبت الغصب بهذه الشهادة فأولى أن لا يثبت الحد (قوله أن التوفيق الخ) فإن قيل هذا احتيال وطلب توفيق لإثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لإثباته قلت إن القطع لا يفضي إلى إثبات الوصف لأنهما لا يكلفان نقل الوصف كما إذا سكتا عن بيان لون في ثياب السرق هذا لأنهم يكلفان بيان القيمة ليعلم أنه ﴿ ١١٢ ﴾ هل كان نصابا فأما لا فلا وإذا لم يكن القطع مضافا إلى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات ويصح الاحتيال لإثبات أحد الحقوق بقدر الإمكان والتوفيق ممكن وهذا يبين أن الاختلاف فيه ليس من صلب الشهادة إذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فإن قيل لو كانت البقرة على هذين اللونين يسمى بلقاء لا سوداء ولا بيضاء قلت نعم ولكن في حق من يعرف اللونين أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما فهو عنده على ذلك اللون ك (قوله فلا يشتبه) أي الوقوف على هذه الذكورة والأنوثة لا يكون إلا بعد القرب منهما وعند ذلك لا يشتبه فلا حاجة إلى التوفيق ك (قوله فظاهر) أي فظاهر أن العقد مقصوده فلا تقبل الشهادة إذا اختلف الشاهدان في بدل الكتابة ك (قوله لأن العتق الخ) معناه أن مقصود المولى العتق والعتق لا يثبت قبل الأداء والأداء لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصود ع (قوله فكان المقصود الخ) وفيه بحث لأن المولى إذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ أجيب بأن قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ ويخاصم لا فرق بين الدينين ع (قوله فهو نظير البيع) يعني لا تقبل الشهادة كما في البيع لأن المقصود إثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدلين عيني

﴿وفي الشهادة﴾

بنصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة) لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه وكذلك إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا (وكذلك الكتابة) لأن المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا إذا كان هو المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب (وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا كان المدعي هو المرأة أو العبد أو القاتل) لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه وإن كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل لأنه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال (فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح أيضا) ذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة ولهما أن هذا اختلاف في العقد لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع ولأبي حنيفة أن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى أقل المالين وأكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرناه

(قوله ولا يكلف البينة) هذا بالاجماع اما عند ابي يوسف فظاهر لانه لا يشترط الجر والانتقال لقبول البينة لانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لانه خلفه في املاكه فصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحي بانها كانت له وبمنزلة الشهادة للمشتري انها كانت لبائعه وكذا على قولهما لانهما وان كانا يشترطان الجر والانتقال الى الوارث في الشهادة لم ﴿ ١١٣ ﴾ يشترط ذلك ههنا لان المدعي اثبت لمورثه يدا في المدعى عليه عند الموت بما اقام من البينة لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع فصار كانه اقام البينة ان اباه مات والدار في يديه ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا ههنا (قوله وكذا على قيام يده) اي يكتفى بالشهادة على قيام يد المورث عند الموت على المملوك لان الظاهر من حال من حضره الموت ان يسوي اسبابه ويعطي ما كان عنده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر ان ما في يده ملكه عينا (قوله على ما نذكره) اشارة الى ما ذكره بقوله لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان وذلك لان اليد عند الموت لا تخلو من ان يكون يد ملك او يد غصب او امانة فان كانت يد ملك فظاهر وكذا ان كانت يد غصب لانها تصير يد ملك لان بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له وان كانت يد امانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك ايضا فصار الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل الى الوارث ضرورة ك (قوله وهو معلوم) واما الجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان كذا في الجامع الصغير لقاضي خان ك

فصل في الشهادة على الارث

(قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له) واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل (وان شهدوا انها كانت في يد فلان حتى مات وهي في يده جازت الشهادة) لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت (وان قال الرجل الحي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل) وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة (وان اقر المدعى عليه دفعت الى المدعي) لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار (وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه) لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال (الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة

(قوله من حيث البدلية لان البدل لا يصار اليه الا عند العجز وهذه الشهادة كذلك فوجب ان لا يصار اليها الا
عند العجز عن شهادة سائر الاصول وان لم يشترط العجز عن شهادة سائر الاصول واعترض عليه بان يوجد
فيهما معنى البدلية بما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين المبدل والبدل لكن لو شهد احد الشاهدين وهو
اصل وآخران على الشهادة بشهادة شاهد آخر جاز واجيب بان بدليته انما هي في المشهود لشهادة الفرع
وهو شهادة الاصول والمشهود به لشهادة الاصول

الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم يجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا اجوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص (ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما رويناه وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة (وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه) لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء (وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز) لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد (ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها (ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي) لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحمل ما هو حجة قال (ولا تقبل شهادة شهود الفروع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام

(فكذا)

هو ما عيناه مما يصحبه المدعي واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلا يمنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيه لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال ط (قوله فلا تقبل الخ فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا ضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات واما الذي لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست به بسبب موجب للعقوبة ك (قوله فصار كالمرأتين فانهما لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما عيني (قوله ولنا قول علي الخ قلت غريب وروى عبد الرزاق في مصنفه عن علي قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان ت (قوله لا يجوز الخ وجه الاستدلال بذلك ان عليا رضي الله عنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل ولم يشترط ان يكون بازاء كل اصل فرعان غير هذه فدل اطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة الاصلين ولم يروعن غيره خلافه (قول واقصر وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا ك

فكذا سبيل هذا الحكم وعن أبي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال (فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز) لانهم من أهل التزكية (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح) لما قلنا غاية الامر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال (وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم) وهذا عند أبي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بأنفسهم وشهدوا (وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط (واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال (وكذلك كتاب القاضي الى القاضي) لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها) وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية

(قوله الاول أي التقدير بثلثة ايام احسن لان العجز شرعا يتحقق به كما في سائر الاحكام التي مرافقها الشرع فكان أحسن ع (قوله لانهم من أهل التزكية فيسأل القاضي الفروع عن الاصل ولا يقضي قبل السؤال وشهد الفرع اذا صلح مزكيا فلا فرق بين تزكية وتزكية غيره ك (قوله غاية الامر الخ يقول من قال من المشائخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر ع (قوله كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل أن يقال انه يشهد حين شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القضى قوله على موجب شهادته وان لم يكن له شهادة فيه في الموقع ع (قوله وان ردت الخ حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة ع (قوله وان انكر الخ معنى المسئلة انهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفرع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضورهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا ك (قوله يشهدان على أن الخ فائدة كون المحدود بها في يد المشتري حالة الدعوى تظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري وفي استحقاق الشفعة اما اذا كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الى كون المحدود في يد المشتري ك (قوله وكذا اذا أنكر الخ صورته ما قال الامام المحبوبي أنه اذا ادعى رجل ٧ ٥ على رجل محدودا في يديه وشهد الشهود ان هذا المحدود المذكور بهذا الحدود ملك هذا المدعي في يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود فيقال للمدعي هات شاهدين على أن الذي في يديه محدود بهذه الحدود ليصح القضاء عيني (قوله وقيل الفرغانية نسبة الى فرغانة وهو اسم لاقليم فيما وراء النهر وفيها مدن كثيرة وفيها سكك منها أوزجند عيني

والتعزير به عامة وقيل في السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعزير وإن كان لم يذكر الجد (؟) أبي حنيفة ومحمد ملا (؟) إلا أبي يوسف على ظاهر الرواية فذكر العبد يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فدل من الجد الأدنى

(قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه) وهو قول الشافعي لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله أن شريحا كان يشهر ولا يضرب ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول إن شريحا يقرئكم السلام ويقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود (وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران) وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات للإثبات والله أعلم

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادات ﴾

قال (وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه (فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولأنه في

(قوله وقيل الخ وحاصل الكلام أن السكة التي هي خاصة فيها يحصل التعريف بخلاف السكة التي هي عامة فيها حيث لا يحصل التعريف فيها إلا بالمحلة الكبيرة والمصر يشتمل كل منهما على ناس كثير لا يعرفون أساميهم وأسامي آبائهم فلا يحصل التعريف بذلك عيني (قوله فصل ذكر شهادة شاهد الزور في فصل على حدة لأن لها أحكاما مخصوصة وأخره لأن الأصل هو الصدق ن (قوله ما روي عن عمر الخ) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في الحدود عن الوليد بن أبي مالك أن عمر كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه انتهى ت (قوله بدلالة التبليغ إلى الأربعين الخ لأنه لو كان بسبيل التعزير لم يبلغ الأربعين لبلوغه حدا في غيره عيني (قوله محمول الخ ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائبا أو مصرا أو مجهول الحال وقد قيل أن رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وإن رجع على سبيل الإصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وإن لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي ذكر ع (قوله كتاب الرجوع عن الشهادة اعلم أن للرجوع ركنا وحكما وشرطا فركنه قول الشاهد بعد ما شهد رجعت عما شهدت به أو يقول شهدت بزور فيما شهدت وشرط جوازه أن يكون الرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير كما مر والضمان مع التعزير إن رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض ك (قوله لأنهما (الدلالة ما أتلفا شيئا أما على المدعى عليه فظاهر وأما على المدعي فلأن الشهادة إن كانت حقا في الواقع ورجعا عنها صارا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها ع (قوله قال في فصل التعزير التعزير أكثره تسعة وثلاثون وأقله ثلاث جلدات وقال أبو يوسف يبلغ التعزير خمسا وسبعين سوطا وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل

(قوله وعليهم ضمان الخ) نقضه القاضي إن كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جانبهم وكان التسبيب منهم تعديا بمباشرة الحكم اليهم كما في حفر البئر في قارعة الطريق ع (قوله لأنه فسخ للشهادة الخ) هذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها

الدلالة على الصدق مثل الأول فلا يترجح الأول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم) لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ويقرره من بعد (ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس أي قاض كان ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والإعلان بالإعلان وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب صحيح قال (وإذا شهدا بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للإتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن الإتلاف به يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين قال (فإن رجع أحدهما ضمن النصف) والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق هذا لأن الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع (فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال الحق) لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي (وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق (وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي

والرجوع في غير مجلس الحكم ليس يرفع الحجة لأن الشهادة في غير مجلسه ليس الحجة والإقرار بالضمان مترتب على ارتفاعها إذا ثبت في ضمنه فكان من توابعه ع (قوله وضمنه) الضمير المستكن يرجع إلى القاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا إلى الآن ع (قوله لا رجوع من رجع) لأنه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبا على الراجع مع بقاء الحكم عند وجود مثبته وهو الشاهدان بأن شهد ثلاثة ورجع واحد ك (قوله من بقي الخ) قيل لا نسلم ذلك فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء فكذا بقاء وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للإثبات ما لا يصلح في الابتداء كذلك كما في النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح في البقاء لبقائه ع (قوله والمتلف متى استحق الخ) كمن غصب مال إنسان وأتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف إذا لم يضمن المستحق شيئا ك (قوله ضمن الراجعان الخ) فإن قيل ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأن التلف أضيف إليه قلنا التلف يضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء من بقي فإذا رجع الثاني ظهر أن التلف بهما ك

(قوله يقمن مقام الخ فصار شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين فصار الضمان على الرجل والنسوة انصافا
عيني (قوله قال عليه السلام الخ وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وانما تتم ان لو قال عدلت شهادة
كل اثنين منهما بشهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او مكررا ع (قوله لما قلنا ان
المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى بقاؤه بنصف الحق ع (قوله فلا يضاف اليه الحكم لان المرأة الواحدة شطر
العلة فلا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة ﴿ ١١٨ ﴾ رجلين دونهما فلا تضمن عند
الرجوع شيئا ع (قوله لان التضمين يستدعي المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال فما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما لاظهار الخطرة حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملكه المرء مجانا لا يعظم خطره وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لا يوجد في طرف الازالة ك (قوله وانما تضمن الخ دفع دخل وهو انه لو لم يكن الاتلاف للبضع متقوما لكانت غير متقومة اذا كان الزوج مالكا للبضع مع انه ليس كذلك ك (قوله ولا فرق الخ ان جواب سؤال بان يقال ينبغي ان لا يجب الضمان على الشاهدين اذا شهدوا بالبيع بشرط الخيار لانهما لم يتلفا شيئا على البائع لانهما اثبتا لبيع بشرط الخيار والبائع لم يزل ملكه عن المبيع بعد وانما يزول اذا مضت المدة وهو ساكت فاذا سكت عن الرد كان راضيا بزوال ملكه فكيف يجب الضمان على الشهود عيني (قوله او فيه خيار البائع (غير) ان شهدا باقل من القيمة وقال البائع بالخيار ثلثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن بلا انه مما الزائد بغير عوض ولو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف ع

ثلثة الارباع (وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف) لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (فان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشهادة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل (وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها) لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض (وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لانهما اتلفاها من غير عوض قال (وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا) لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض (وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان) لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم (وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال (وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لانهما اتلفا مالية العبد عليه من

(قوله فأشبه المكره) بيان الشبهة أن المكره مسبب غير مباشر وكذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكره يقتص فكذلك الشهود ك (قوله بل أولى) وبيان الأولوية أن الشهادة في التسبيب والإفضاء إلى القتل فوق الإكراه لأن الولي يعان على استيفاء القصاص والمكره يمنع عنه شرعا وعادة يعني أن يمنع المكره من المباشرة فلا يفضي إلى القتل غالبا فإذا قتل المكره وهو المسبب فلأن يقتل الشاهد وهو فوق في التسبيب فوق المكره أولى ك (قوله إن القتل الخ) ﴿ ١١٩ ﴾ هذا ظاهر ومستغنى عنه جملة لأنه لم يخالف فيه أحد وليس له تعلق بما نحن فيه إلا أن يكون إيماء إلى أن المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو متسبب بعيد ع (قوله لأن العفو مندوب) يعني أن المسلم المتدين العفو ظاهر بالنظر إلى حاله لأنه لا يلحقه بعفوه ضرر في نفسه وماله ويحصل له الأجر الكثير أما المكره يختار حياته ولا يدري رخصة في الشرع ويؤثر حياته على حياة غيره عيني (قوله ولأن الفعل الاختياري الخ) أي القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير إجبار مما يقطع نسبة القتل إلى الشهود فكان الفعل مقصورا على الولي فلم يكن الشاهد قاتلا لأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة إلى الأول لكن هل قيل عبد إنسان فأبق العبد لا ضمان على الحال لما قلنا بخلاف المكره فإن له اختيارا فاسدا وللمكره اختيار صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم فصار المكره بمنزلة الآلة للمكره فكذلك أسند فعل المكره إلى المكره ك (قوله فصار كرجوع الشاهد) أي الأصل لو شهد بنفسه وقضى القاضي بشهادته ثم رجع لا يبطل القضاء بالرجوع فكذا لا يبطل بإنكار الإشهاد عيني (قوله بخلاف ما قبل القضاء) يعني إذا أنكر شهود الأصل الإشهاد قبل القضاء فشهادة الفروع لا يقضي القاضي بشهادة الفروع بعد ذلك كما إذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضي بذلك عيني

بغير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهم بهذا الضمان فلا يتحول الولاء (وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فأشبه المكره بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لأن التسبيب ما يفضي إليه غالبا وههنا لا يفضي لأن العفو مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهرا ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم (ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليهم) لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا (ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لأن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين (وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك) لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال (وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الإحصان وله أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصار بمعنى علة العلة بخلاف شهود

(قوله لانه شرط محض الحاصل ان الاحصان ليس فيه معنى العلة لان الاحصان علامة معرفة حكم الزنا والحد
فلا يتوقف ثبوت الزنا على ثبوت الاحصان ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التركيبه يظهر الفرق بين
(قوله الا ترى الخ توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع شهادة اليمين ويحكم بها وان لم
يشهد بها الدخول ع (قوله اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمنون لان الشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح
علة لان العلل لم تصلح علة لانه وانما قام مقام ان يخلفه الشروط والصحيح ان شهود الشرط

الاحصان لانه شرط محض قال (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهود اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

﴿ كتاب الوكالة ﴾

قال (كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره) لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون سبيله دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رض قال (ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رض وكل فيها عقيلا وبعدما اسن وكل عبد الله بن جعفر (وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة (وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا) وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب (كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستنابة) ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص

لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات ك (قوله كتاب الوكالة لما فرغ من بيان احكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان احكام الوكالة اما المناسبة ان كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى ثم الله شهيد على ما تفعلون وقوله حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب كذا في النهاية ساير الافكار (قوله كل عقد الخ فان قيل يشكل على هذا الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز قلنا التوكيل تفويض التصرف وانما يصح ذلك فيما يملك فيه تصرفه ويصح امره وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه من الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل (قوله بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص
مع غيبة الشهود وان كان رجوعهم محتملا عيني (قوله وبخلاف حالة الحضرة اي حضرة الموكل اي يجوز للوكيل ان يستوفي القصاص حال حضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهي شبهة العفو ك (قوله وليس كل احد الخ هذا جواب لان يقال لما حضر الموكل لم يحتج الى التوكيل فضمونه بقوله لما ان في التوكيل شبهة الدلالية واستيفاء القصاص مما لا يجري فيه الابدال ك

(قوله عمران الخ اى لكن هذا الوكيل اذا اقر فى مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسانا وفى القياس يصح لانه قائم مقام الموكل بعد صحة التوكيل الا ترى ان فى سائر الحقوق يجعل اقراره كاقرار الموكل فكذلك فى القصاص ك (قوله مريضا المراد نفس المرض وقيل ان تكليف الحضور بامر كوب على دابة او غيرها يزداد مرضه ك (قوله اما الخلاف فى اللزوم بل ترتد الوكالة برد الخصم ام لا عنده ترتد ولا يلزم ﴿ ١٢١ ﴾ الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل وعندهما

وكلام فى هذه الوجوه امور لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقيل اوصيغة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضى الخصم وهو قول الشافعى ولا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم لهما ان التوكيل تصرف فى خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضى الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون فى الخصومة فلو قلنا يلزمه لا يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازى يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضى وهذا شئ استحسنه المتأخرون (ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام) لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره (و) يشترط ان يكون (الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده) لانه يقوم مقام الموكل فى العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا (واذا وكل الحر البالغ العاقل او المأذون مثلهما جاز) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة (وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لان الصبى من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه فى حق المولى والتوكيل ليس تصرفا فى حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبى لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابى يوسف ان المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبى او مجنون او محجور له خيار الفسخ لانه دخل فى العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد

لا ترتد برده ويلزم الحضور والجواب بخصومته والمتأخرون اختاروا للفتوى ان القاضى اذا علم من الخصم التعنت فى اباء الوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه فى التوكيل لا يقبل منه الا برضاء صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى ك (قوله وله الخ قال صاحب العناية ولابى حنيفة انا لا نسلم انه تصرف فى خالص حقه فان الجواب حق للمدعى على الخصم اى المدعى عليه ولهذا يستحضره اى يستحضر المدعى الخصم فى مجلس القاضى والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه لكن تصرف الانسان فى خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون فى الخصومة فلو قلنا الخ وهذا على ان عبارة المصنف محملها صاحب العناية على الدليلين وفى الدليل الاول انه مخصوص بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى ه (قوله متفاوتون

فرب انسان يصور الباطل بصورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه فيحتمل ان يكون الوكيل ممن له حذق فى الخصومات فيتضرر بذلك غيره (قوله يتخير دون الكتابة تتوقف على رضاء الآخر وان كان تصرفا فى خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ ع

فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) وقال الشافعى تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل فى النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا فى الحقوق فتتعلق حقوق العقد به ولهذا قال فى الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه) لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رض وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال (وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لان الوكيل فيها سفير محض الاترى انه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثانى من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح عن الانكار فاما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله ان يمنعه اياه) لانه اجنبى عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد (فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا)

(قوله وصحة الخ اى صحة عبارته لا بكونه وكيلا بل لكونه آدميا عاقلا فثبت ان مباشرة العقد بالولاية الاصلية الثابتة الا انه كان لا ينفذ تصرفه هذه الولاية فى محل هو مملوك للغير الا برضاه المالك والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف فى المحل لا لاثبات الولاية وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف فجعل نائبا فى حق الحكم واعتبرنا الاصل فى حق الحقوق ك (قوله) والملك الخ جواب سؤال مقدر وهو ان يقال كما يثبت الملك للموكل ينبغى ان تثبت الحقوق له كما قال الشافعى رحمه الله (قوله خلافة عنه) اى ابتداء بدلا عنه لا ان يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل ك (قوله كالعبد يتهب) اى يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب ن (قوله هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخى وهى ان الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشترى اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشترى لكان ذلك ع (قوله تفصيل وهو ما ذكر فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع فى يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه ك (قوله) سفير محض والسفير هو الذى يحكى قول الغير ومن حكى حكاية الغير لا يلزمه احكام قول الغير كما اذا حكى كفر الغير لا يكون كافرا ك (قوله لا يقبل الفصل عن السبب حتى لو شرط (به فيه) فيها خيار الشرط لان الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تحتمل تراخى الحكم ك (قوله لانه اسقاط اما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل فى الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل ك

به بيلان ... ثمن امقبوض حقه وقد وصل اليه ولاء ... في الاصمعه
ثم ابتدم اليه ولهذا الوكيل للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان
لهما دين يقع المقاصة بدين الموكل اتحدون دين الوكيل ...
موكيل اذا كان وحده يقع المقاصة عند ابي حنيفة و محمد لانه يملك الابراء
عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

﴿ باب الوكالة بالبيع والشراء ﴾

فصل في الشراء قال (ومن وكل رجلا بشراء شئ فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار (الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت) لانه فوض الامر الى رأيه فاي شئ يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن) لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع) لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع (وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال

(قوله يقع المقاصة الخ) وانما كان هذا لان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرء المشترى عن الثمن بغير عوض وصرح الاكمل بان معاد المشترى يبرأ ببراءة الآمر ولا يبرأ ببراءة المأمور حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشئ وكذلك هنا ك (قوله لما انه يملك الابراء لان الابراء اسقاط حق القبض والقبض حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك ك (قوله في الفصلين اي فصلي المقاصة والابراء ولا يجوز للوكيل الابراء عن الثمن في قول ابي يوسف لانه تصرف في ملك الغير اذ الثمن ملك الموكل (قوله استحسانا والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بين نفس الوكيل كالمشترى لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ع (قوله يصير النوع معلوما قال بعض مشايخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح بهيان الثمن مالم يبين النوع كذا في الذخيرة (قوله والسطة هو من الوسط كالعدة من الوعد في ان التاء عوض في آخرها من الواو والساقطة من اولها في المصدر والفعل من عد ضرب ن (قوله ومراده الخ ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشايخ نتائج (قوله تشمل ما هو معنى اجناس اي الدار وان لم تجمع اجناسا مختلفة حقيقة الا انها تجمع ما هو في معنى الاجناس نتائج (قوله اختلافا فاحشا لاختلافها بالطول والعرض في السكة والبيوت والمرافق وقرب الماء وبعده والجيران وغيرها وكانت الدار لاختلافها فيما ذكر بمنزلة ما يشمل اجناسا مثل الاصل ان الوكالة ان جهلت جهالة يسيرة وهي جهالة النوع المحض كفرس صحت وان فاحشة وهي جهالة الجنس كدابة بطلت وان متوسطة كعبد فان بين الثمن والصفة كتركي صحت والا لا در مختار

(قوله معناه نوعه) تقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشترى له دارا ببغداد
ثم لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن يصير معلوما عادة وان بقيت جهالة
مستدركة والمتأخرون من مشايخنا يقولون فى ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة (قوله ومن دفع الى آخر دراهم
يشترى بها طعاما لانه اذا سمى جميع الدراهم وقال اشتر لى حنطة او شعيرا لم يجز لانه لم يبين المقدار وجهالة القدر
فى المكيلات كجهالة الجنس عينى (قوله

قال (وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف فى الاكل فبقى على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع فى يده) لانه من حقوق العقد وهى كلها اليه (فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة فى العقد لا فى القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل) لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله (فان هلك المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده (وله ان يحبسه حتى يستوفى الثمن) لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكأنه

فعلى الحنطة الا ان يكون ثمة وليمة فعلى الخبز وان كانت واسعة مثل درهم الى ثلثة والوسط مثل اربعة الى خمسة او ستة كذلك (قوله لما ذكرنا اى لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد فى صورة وعدم جوازه فى اخرى منافع (قوله لان ذلك لا يجوز اى باطل اذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك لغيره (قوله فان الوكيل الخ على ان القياس ان لا يملك المسلم اليه قبول عقد السلم لانه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له ودفعا لحاجة المفاليس وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيلا غيره عينى (قوله بطل العقد هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فى مجلس العقد فيصير كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل (قوله اذا اختلفا الخ اذا اختلفا استيفاء بان ادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه فان لم يكن لاحدهما بينة ولم يرض احدهما بما يقول به الآخر حلف كل واحد منهما فمن نكل احدهما لزمه دعوى صاحبه الآخر وان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما مل (قوله ولان الحقوق الخ تحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه مطالب بالدفع بقبض المبيع فكان راضيا بذلك امراته دلالة ع

منه أي فيسقط حق الحبس فلما هلك لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه (فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبي حنيفة (وضمان الغصب عند زفر) لأنه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون بدرهم) وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل ولأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه) لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء

(قوله منه) أي سلم الوكيل المشتري إلى الموكل فسقط حق الحبس أيضا إذ لو وقع في يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس فكذا إذا وقع في يده حكما (قوله كان مضمونا) أي حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط الرجوع بالفضل على الموكل عيني (قوله ضمان الرهن) فيعتبر الأقل من قيمته ومن الدين وهو الثمن وإذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة ع (قوله أنه بمنزلة البائع) واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبسه وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه في القبض كان عاملا لنفسه فيقوى فيه كونه بائعا فلزم الضمان أما إذا لم يحبس فقبضه لموكله فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة ع (قوله بعد أن لم يكن) لأنه لم يكن مضمونا قبل الحبس وصار مضمونا بعد الحبس عيني (قوله بخلاف المبيع) هذا الجواب عن قولهما يعني أن المشتري المخصوص منهما ليس كالمبيع لأن المبيع الخ نتائج (قوله في الأصل) أي في المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء فقال فيه لزم الآمر منهما عشرة بنصف درهم والباقي للمأمور ع (قوله على الموكل) وهذا بخلاف ما أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الآمر عند أبي حنيفة لأن اللحم من ذوات الأمثال في الصحيح فلا تتفاوت إذا بين عشرة للآمر وبين عشرة للوكيل بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم فلا تثبت المساواة بين الثوبين إلا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يتعين حق الموكل في واحد منهما وإلى هذا أشار في أسمه في إسماعيل حيث قال لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن كفاية

للموكل او يشتريه بمال الموكل) فدل هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندى بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر فى هذا التوكيل وان تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابى يوسف يحكم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه

(ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور) لان فى الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفى الوجه الثانى هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابى يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم فى الاخبار عنه وعند ابى حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن فى يده هنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حى فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه فلا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن

(قوله وهو المراد اى بقوله او يشتريه بمال الموكل ان يضيف العقد اى دراهم الموكل لان يتقد من مال الموكل من غير ان يضيف العقد اليه ك (قوله وهذا بالاجماع اى لو اضاف العقد الى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع وهو مطلق اى قوله او يشتريه بمال الموكل مطلق اى مذكور من غير قيد فيحمل على الصورة المجمع عليها وهو ان يضيف العقد اى مال الموكل ك (قوله حملا لحاله اى يجوز ان يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم فى المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة لانه كما لا يحل له ان يشترى لنفسه ويضيف العقد اى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشترى لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه وان العادة جارية على انه لا يشترى لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه وكذا على العكس تابع الشريعة (قوله على ما يحل له الخ لانه لما اضاف العقد اى دراهم الآمر يقع له لانه لو لم يقع له كان واقعا للوكيل واذا كان وقع العقد للوكيل كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا فيبقى (قوله وهو الرجوع بالثمن اى سبب الرجوع بالثمن وانما قال وهو الرجوع بالثمن ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فذكرك الواسطة وهى العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرا للمسبب وارادة للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بشراء لاجل الآمر ك (قوله (فى حال) حين اختلفا فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر اشتريته لنفسك عينى (قوله لانه يملك الخ لان العبد والمحل للشراء فيملك ان يشتريه فى الحال لاجل الآمر فان قيل الشراء لا يتوقف على البيع ولو وقع شراؤه اولا للوكيل حتى اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استئناف الشراء داخل تحت التصور فيتصور ان يتفاسخ الوكيل بيعه مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل ك

(قوله على ما مر) ان شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع للمشترى له ع (قوله لفلان) معناه انا وكيل فلان بشراء هذا العبد فبعه منى اشتريه لاجله ك (قوله لان قوله السابق) وهو قوله بعنى هذا العبد لفلان اقرار بالوكالة من فلان فان قيل يحتمل ان معناه لشفاعة فلان، قال محمد رح فى كتاب الشفعة ولو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك ﴿١٢٧﴾ اى لاجل شفاعتك بطلت الشفعة استحسانا قلنا اللام للتمليك وانما حمل على الاسقاط فى مسئلة الشفعة لكونه مسبوقا بسؤال الاسقاط ولا كذلك ههنا ك (قوله الا ان يسلمه المشترى له) هذا روى بروايتين بكسر الراء على صيغة اسم الفاعل وبفتح الراء على صيغة اسم المفعول فعلى الكسر يكون المشترى فاعلا وقوله له اى لاجله ويكون المفعول الثانى محذوفا وهو اليه اى الا ان يسلم الفضولى العبد الذى اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشترى له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان والفاعل مضمر اى الا ان يسلم الفضولى العبد الى المشترى له وهو فلان وهذا الاستثناء من قوله لم يكن له اى لم يكن لفلان الا فى صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم لان فلانا لو قال اجزت بعد قوله لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشترى لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نفذ على المشترى ن (قوله فيكون بيعا عنه) اى فيكون تسليم العبد اليه بيعا مبتدأ وعليه العهدة اى على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسره فخر الاسلام البزدوى وفخر الدين قاضى خان وبدل عليه قوله لانه صار مشتريا بالتعاطى نهاية (قوله استحسانا) قيد به لان جواب القياس ان لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه اخذ مالك والشافعى رح نهاية

فى حال غيبته، على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرناه والله اعلم (ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه) لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق (فان قال فلان لم آمره لم يكن له) لان الاقرار يرتد برده قال (الا ان يسلمه المشترى له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة) لانه صار مشتريا بالتعاطى كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لاستتمام التراضى وهو المعتبر فى الباب قال (ومن امر رجلا ان يشترى له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز) لان التوكيل مطلق يجرى على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع (الا فيما لا يتغابن الناس فيه) لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع (ولو امره بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابى حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر) لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير والزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز (الا ان يشترى الباقى ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا) لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها (وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى من الالف ما يشترى بمثله الباقى جاز) لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشترى بمثله الباقى ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال (ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشترى بها هذا العبد فاشتراه جاز) لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى (وان امره ان يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشترى وان قبضه الآمر فهو له) وهذا عند ابى حنيفة وقالا هو لازم للآمر

(قوله وعلى هذا اى على هذا التفصيل اذا امره اى اذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عنده اى يعقد عقد السلم او يصرف ما عليه اى يعقد عقد الصرف من عين المسلم اليه ومن يعقد معه عقد الصرف صح بالاتفاق والاسر الاطلاق وتخصيصهما بالذكر انه ولا ان ههنا يرد دفع ابعد من ان التعيين المذكور هل هو معتبر بعينه في الصرف والسلم ايضا ام لا بناء على ان شمس الائمة مقصود في بعض الاحكام سائغ (قوله انها تتعين في الوكالات الخ

بعد التسليم الى الوكيل وفي التفسيرة قال محمد رح في الزيادات رجل قال لغيره اشترى بهذه الالف الدراهم جارية واراه الدراهم ولم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال الاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات فلان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان فيه قبل التسليم وكذا فيما هو وسيلة اليه فاما بعد التسليم هل تتعين اختلاف المشايخ فيه فبعضهم قالوا تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكه لان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تتعينان في الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنان احدهما انه يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر في ما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل ثم بعد شرائه هل قيام الدراهم في يد الوكيل وانه ليقطع رجوع الوكيل على الموكل فيه ويجب للموكل عليه وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينا فيجب للبائع على الوكيل ويجب للوكيل على الموكل لك قوله كما اذا قال اعط الخ فانه قال ذلك لو امر مصرف فلا يملكه الآمر الا بالقبض اى من يختاره المديون بنفسه عيني

اذا قبضه المأمور) وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولانه عندهما تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبل وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من شئت على ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وعلى ما اذا امر بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد بيع تعاطيا قال (ومن

دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها

بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور) ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال (وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر) اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فالمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور قال (ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين

(البائع)

(قوله اعتاق لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل ان يملك مالا فصار مجازا عن الاعتاق اذ البيع ازالة الملك بعوض اى آخر مجازا ان يستعار منه ك (قوله وامكن العمل بها الخ فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة يمكن لانه وكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه قلنا فقد اتى الوكيل هنا بجنس تصرف آخر غير ما وكل به فان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال وما اتى به انما هو من جنس الشراء المحض فكان عقدا للآمر فيجري عليه نتائج (قوله علاق شراء العبد نفسه حيث تجعله للاعتاق

البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنه وقوله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه في حق الخلاف هذا قول الامام ابي منصور وهو الاظهر والله اعلم بالصواب

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

(واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى) لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا ترجع اليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء (وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليه بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له (والالف للمولى) لانه كسب عبده (وعلى المشتري الف مثله) ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر) لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر (وان عقد لنفسه فهو حر) لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر) لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

(فصل في البيع)

قال (الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه) لان التوكيل

ووجه الورود انه لما جعل الشراء بالمعاوضة حقيقة ينبغي ان يحمل على حقيقة ايهما كان ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما اذا اشترى العبد نفسه من مولاه بالبدل بل احمل على الاعتاق ببدل لان المجاز فيه متعين لانه تعذر اعتباره بيعا حقيقة لان البيع يوجب الملك للمشتري والعبد ليس من اهله (قوله وفي الحالين اى في حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله عينى (قوله والمولى عساه لا يرضاه اى لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه ح وربما يضره جناية المعتق عسى يكاد فاستعمل استعماله ك (قوله حتى لا يملك البائع الخ كالمودع اذا اشترى الوديعة وهو بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن ك (قوله والعبد وان كان الخ جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان لا يجوز بيعه لنفسه لانه وكيل بشراء شئ معين وهو لا يتمكن من ان يشتريه لنفسه فينبغي ان لا يتمكن العبد من ذلك عينى (قوله وفي مثله ينفذ على الوكيل فان الوكيل اذا خالف نفذ الشراء على الوكيل عينى (قوله ينفذ على الوكيل كما اذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين او خالع امرأته على ذلك او اشتراه باكثر من الثمن المسمى عينه او بخلاف جنس ذلك الثمن ك (قوله الوجهين وهما ان يكون مشتريا بنفسه لنفسه وان يكون مشتريا للغير عيني

(قوله متباينة دل عليه انه يحل للابن وطء جاريته ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جارية
مشتركة ولما حل وطؤها ك (قوله بدليل عدم قبول الشهادة فقدر ذلك اشتباه لما لم يؤثر في قبول الشهادة
علمنا ان ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في موضع التهمة ك (قوله فصار بيعا الخ من قبل ما العرف
لابي حنيفة في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع انه له قبل ظهوره حكم الوكيل
اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف ﴿١٣٠﴾ على وجه لا يملك رب المال

مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله) لان التهمة فيه متحققة فلعله اشترى لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه مطلق العقد قال (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده) لان التصرف يكثر وجوده

نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه معهم لا نظرا الى جهة استبداده ع (قوله والجمد بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر ع (قوله بيع من وجه الخ لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء ع (قوله ممنوعة الخ المسائل مروية عن ابي يوسف فاما عند ابي حنيفة يعتبر الاطلاق في جميع ذلك ك (قوله وانه بيع الخ جواب عن قولهما ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه يعني لا نسلم انه كذلك بل هو بيع من كل وجه نتائج (قوله يجوز عقده الخ هذا فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد اما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة او كثرت ك

(قوله لانه يطلق العقد اي لا يضيف العقد الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان بل (في الاول)
(قوله ده نيم ثم ان عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعلت اصلا والدرهم مال قد يحبث لا يكاد يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف منه كان يسيرا وفرق بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر فيه نصفه يسيرا وما كان اقل من الاقل اعتبر فيه ربع نصفه يسيرا نتائج الافكار

في الأدنى ويتغابن في الأعلى ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف

قال (وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة) لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى (وقالا لا يجوز) لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه بجملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما (وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى باقيه لزم الموكل) لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لأبي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقرار فإنه يرده على الآمر) لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا النساء والأطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة قال (وكذلك إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين) لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر قال (فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمور) لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير

قوله لقلة التصرف تفسيره أن الغبن يزيد بقلة التجربة وينتقص من كثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته وفي القسم الأول كثير وفي الأخير قليل وفي الأوسط متوسط فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيرا فلزم الآمر وإن زاد على ذلك لزم الوكيل عيني (قوله ببيع عبده قيد بالعبد لأن بيع النصف فيما وكل ببيع ما ليس في تبعيضه ضرر كالحنطة والشعير جائز بالاتفاق ك (قوله يجوز عنده قيد بقوله عنده لأنه لا يجوز عندهما إلا أنه يبيع من آمر عيني (قوله ﴿١٣١﴾ أولى لأن إمساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن أنفع له من بيع الكل بذلك الثمن عيني (قوله وهذا استحسان أي كون البيع موقوفا إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة استحسان عند أبي يوسف ومحمد لأن القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف عيني (قوله على ما مر إشارة إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه ك (قوله وآخر إلخ قال في غاية البيان يعني أن الأمر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر فصح أمره لولاية على ملكه فاعتبر إطلاق الأمر فجاز بيع النصف لأن الأمر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق وأما الأمر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الأمر مقصودا لأنه لا ملك للآمر في مال الغير وإنما صح ضرورة الحاجة إليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلا يعتبر الإطلاق فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يندفع بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصما فيجوز على الآمر لأنه حصل مقصوده انتهى (قوله لظهور التاريخ ليعلم أن التاريخ أسبوع منذ شهر فيظهر عند القاضي أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه ك (قوله حجة مطلقة أي مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الوكيل فيعد الرد على الموكل عيني

قوله لامكانه الخ يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضي بالسكوت والنكول ...
(قوله أن يخاصم بائعه) اي موكله سماه بائعا لكونه بمنزلة البائع في انه يرد عليه الوكيل تارة ويخاصمه في بعض الصور ك (قوله لان الرد متعين وذلك لانه ... فيما يفعله اقتضى لو رجع الامر اليه ... الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل ... الكافي فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء المدين ...

مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل ويرده ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقرار يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا.

قال (ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر) لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال (وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب) لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال (ومن امر رجلا ببيع عبده فباع واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل

فصل

بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما

في ... (قوله ثم الى الرجوع اي ثم ينتقل الحق بامتناع الرد بحدوث عيب او حدوث زيادة في المبيع الى الرجوع بالنقصان نتائج (قوله ولا دلالة الخ اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على احد الوجهين على أن الاصل في عقد الوكالة التقييد لان مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لا يكون وكيلا ببيعه الا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فكان متعينا لما هو اصل فيه فكان القول قوله نتائج (قوله وان اختلف الخ بان قال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت المال مضاربة ولم تعين شيئا عنى (قوله الى اي اجل كان الخ حتى لو باع لاجل غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده عملا بالاطلاق ك (قوله والوجه اي من الجانبين قد تقدم في التوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير (والبدل) والعرض وعندهما يتقيد بالتعارف ك (قوله فتوى المال عليه بان مات الكفيل مفلسا والمكفول عنه ايضا مات مفلسا او غاب ولا يعرف موضعه او بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل ك (قوله فصل لما ذكر حكم وكالة رجل واحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الرجلين لما ان الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما

(قوله والبدل الخ) جواب سؤال وهو ان البدل اذا كان مقدرا لايحتاج فيه الى الرأي فينبغي ان يستبد كل واحد منهما بالتصرف فقال والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في البيع بمنع النقصان الا في الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما بذكاء احدهما وهدايته او يختار الآمر مشتريا مليا فاذا تعين ذلك (قوله والرأي الخ) اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيه الى الرأي والموكل رضي برأيهما جميعا (قوله لتقويم

الخصومة يعني ان الخصومة وان امتنعت الى تعاون الرأيين لايستبد كل احد منهما بالامر في استنباط ما هو الاصوب فيه لكن انما يفتقر الى تعاون الرأيين على ذلك قبل مجلس القضاء كذا (قوله او برد وديعة الخ قيد بردها لانه اذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا فان قيل ينبغي ان يكون ضامنا بالنصف لان كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا كل احد منهما مأمور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه فاما في حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شئ منه كذا (قوله الا ترى انه تمليك الخ واذا كان تمليكا صار التطليق تمليكا منهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآمر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على ايقاع نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الآمر اذ يقع النصف بجميع تطليقة كاملة فان قيل هذا الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بان لا حاجة اليه مع قدرتهما على الاجتماع بلا مانع (قوله ولانه علق الطلاق الخ بناء على ان التعليق كما يوجد في صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد ايضا في صورة ان قال لهما امرها بايديكما اذ قد صرح المصنف في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقد اشراح في بيانه وهذا لان معنى امرك بيدك اردت طلاقك فانت طالق بتابع

والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال (الا ان يوكلهما بالخصومة) لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال (او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال (وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به) لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال (الا ان يأذن له الموكل) لوجود الرضا (او يقول له اعمل برأيك) لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال (فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز) لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه (وان عقد في حال غيبته لم يجز) لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه (وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه) لانه حضر رأيه (ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز) لان الرأي فيه يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال (واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز) معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة

(قوله قال ابو يوسف الخ انما نص قولهما مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على ابي حنيفة لان تصرفات المرتد من البيع والشراء نافذة وان قتل على ردته عندهما بناء على الملك ولكن نصرفه على ولده موقوفة بالاجماع ك (قوله ابعد من الذمي الا ترى ان شهادته على الذمي لا تقبل وان صار مسادرا وان لم يكن ساديا وتحقق في حق الذمي فهو غلب عن الاسلام ولم يثبت في حق ابنه شيء من الاصل والخلف ك (قوله باب الوكالة الخ اخر الوكالة

والكفر يقطع الشفعة على المسلم فلا تفوض اليهما (وقال ابو يوسف ومحمد المرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) لان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لزفر هو يقول انه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك قال (فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا) لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة) حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة) بالاتفاق لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول (حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي

والشراء لان الخصومة تقع بعيب او بما يجب استيفاؤه من حرف زمنه وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعا فتستحق التغيير فيما ليس بمهجور نتايج (قوله وهو قاض على الخ اى العرف قاض وحاكم وراجح على الوضع لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية (قوله على ما مر اشارة الى قوله لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء نتايج (قوله والوكيل بقبض الدين الخ قيد بالدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع والاصل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غيره واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فكان خصما فيها ك (قوله والوكيل بالشراء تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر يدل على ان المراد بالمفصل عليه في قوله فيما مر وهذه اشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء (وهو) نتايج (قوله وهذا اى كونه خصما لكونه وكيلا بالتملك لانه وكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة ك (قوله لانه امين محض لانه ليس بوكيل بالمبادلة فلم ينتقل الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصما فلا تقبل البينة عليه اصلا فيها كفاية

(حتى لو اقام البينة على ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر عليه وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب يعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) معناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال (واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي) عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سببه لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة

(قوله انه خصم الخ يعني ان البينة قامت على شيئين البيع وقصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك من الموكل ان قامت البينة لا على خصم ففي قصر يد الوكيل قامت على خصم فيسمع هذه البينة في قصر يد الوكيل ولم يسمع في حق ازالة ملك الموكل ك (قوله وغير ذلك كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل واقام بينة على ذلك تقصر يد الوكيل عن القبض ك (قوله معناه اذا اقامت الخ اي اذا اراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المرأة الخ ع (قوله حتى يحضر الغائب فاذا حضر الغائب تعاد عليه البينة في العتاق والطلاق عيني (قوله دون الخ اي لا تقبل البينة في حق العتق والطلاق لان الوكيل ليس بخصم فيهما ولكن خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتاق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره عيني (قوله واذا اقر الوكيل سواء كان وكيل المدعي او وكيل المدعى عليه واقرار وكيل المدعي هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على المدعى عليه ك (قوله والاقرار يضاده فان الخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المشاجرة والمنازعة والاقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة ك (قوله ولهذا اي لاجل عدم تناول الامر بالشيء ضده لا يملك اي الوكيل بالخصومة الصلح لوجود المضادة لان الصلح حط البعض والوكيل مأمور باستيفاء الكل والابراء لانه اسقاط وهو مأمور بالاستيفاء فينافي

(قوله يخرج من الوكالة لانه لا يمكن ان يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا في كلامه فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بالجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلق كاف (قوله صار عاملا لنفسه لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه يبرء ذمة الكفيل مستند بقبض الوكيل عنه (قوله فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من ١٣٦ المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا

على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا) لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مأذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال (ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله (فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا) لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء (ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده) لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه (وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه) لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال (الا ان يكون ضمنه عند الدفع) لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه (ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين

(قوله مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل منكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ع (قوله والمظلوم لا يظلم الخ فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك لان الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه وبعد ما هلك المدفوع الاخذ منه ظلم عيني (قوله قال اي المصنف في البداية الا ان يكون ضمنه عند الدفع اي عند دفع المال الى الوكيل وهذا استثناء من قوله لم يرجع عليه بشيء (قوله بمنزلة الكفالة الخ وجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه نتائج (قوله رجع عليه لا يقال بان الدفع اذا كان على رجاء الاجازة كان المدفوع اليه فضوليا فيكون المدفوع امانة في يده فلا يكون ضامنا لان المدفوع اليه لا يقبضه (ومن) ليكون امانة عنده من جهة المديون وانما يقبضه ليكون امينا من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الامانة من جهة المديون ك (قوله وهذا اظهر اي جواز الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب عيني

ومن ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه

قال (فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه) لان الوكالة قد ثبتت بالتصديق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال (ويتبع رب المال فيستحلفه) رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال (وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال (وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة) لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن

(قوله لان الوكالة قد ثبتت) يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك ع (قوله لانه نائب) يعني ان المطلوب يدعي على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة والنيابة لا تجري في اليمين ك (قوله حتى يحلف المشتري) يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على انه لم يرض بالعيب بخلاف مسئلة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين نتائج (قوله باسترداد الخ) اذا قضاء لم ينفذ باطنا لانه لا يقتضي الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة ك (قوله على الصحة) لان قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا الا يكون للبائع ان يستحلف المشتري اذا مضى على الرضاء لانه لا فائدة ان نكل ك (قوله لانه) اي لان الاستحلاف لا يفيد فائدته لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول ثم يبقى في الاستحلاف فائدة نتائج (قوله في العشرة) اي العشرة التي انفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل اي لا يكون متبرعا ك (قوله فهذا) اي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء اصلح بعضهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي الثمن من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال ع (قوله ويصير متبرعا) اي فيما انفق من ماله ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا عيني (قوله واما الانفاق الخ) يعني ان مسئلة الانفاق فرض الامر بثبوت الدين في ذمة للوكيل بانه امره بالانفاق والامر بالانفاق بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم المدفوعة اليه بل يتعلق بمثله في الذمة ثم يثبت به حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا عيني

(قوله للوجه الاول) وهو ان في العزل اضرارا من حيث ابطال ولايته ك (قوله وقد ذكرنا اشتراط العدد الخ) اي في فصل القضاء بالمواريث في كتاب ادب القاضي في قوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان الخ ع (قوله ويبطل الوكالة الخ) قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه من غير توقف على رضى احد وسيماها لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب ففي الاول يبطل الوكالة وفي الثاني لا تبطل لان الوكيل في هذا

قال (فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا) لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم) لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال (واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته (وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما) قال رض وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف لا يعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لان

النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا ينبغي ع (قوله تصرف غير لازم) اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على التراضي من الجانبين وهذا ليس كذلك لان كلا منهما منفرد في فسخها من الموكيل من يمنع نفسه من الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها ع (قوله او الشريكان) احد الشريكين فافترقا يعني به انه تبطل الوكالة في حق الشريك الآخر الذي لم يوكله توكيلا صريحا وانما صار وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا لم يبق وكيلا عنه اما يبقى وكيلا في حق الآمر وينبغي ان لا ينعزل فيما اذا وكل الشريكان صريحا بافتراقهما ك (قوله لانه لا يصح امره) ولو جن ساعة ثم افاق فهو على وكالته وجعل هذا كالنوم عيني (قوله امره) الامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر بعد موته وجنونه لما ذكرنا من ان لدوامه حكم ابتدائه ع (قوله لم يجز له) ولاية التصرف الى هذا اذا حكم القاضي بلحاقه بدار الحرب وذكر شيخ الاسلام في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه ك (قوله لانه رفع المانع) ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا ان يتصرف في شيء للموكل فاذا وكله رفع المانع ع

ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وبالالتحاق بالحرب بطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رحمه الله تعود كما في الوكيل والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال (ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء القاضي فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق والعجز قد زال بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانيا لأنه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم

﴿ كتاب الدعوى ﴾

قال (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك

(قوله وولاية التنفيذ بالملك) أي تمليك ولاية التنفيذ ملحق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق ع (قوله كملكه الخ) يعني يعتق أم الولد والمدبر بانتقاله بلحاقه وبعوده مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذا الوكالة أي بطلت لا تعود عيني (قوله فعله بنفسه) أي فعل الموكل بنفسه بأن تزوجها بنفسه أو اشتراه بنفسه كان ذلك عزلا حتى لو أبانها بعد التزوج لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف لو تزوجها الوكيل وأبانها فإن له أن يزوجها موكله لبقاء الحاجة وكذا لو اشتراه الوكيل بنفسه وباعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز ع (قوله ثلاثا أو واحدة الخ) الشارح قيد بقوله ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لأنه إذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فله أن يطلقها ما دامت في العدة والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك ع (قوله حتى لو تزوجها) أي تزوج المرأة التي وكل فيه الرجل بأن يزوجها إياه عيني (قوله فلو رد عليه الخ) في الذخيرة ولو أقاله المشتري فليس للوكيل أن يبيعه إن كانت الإقالة بعد القبض لأنه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث وكذلك إن كانت الإقالة قبل القبض لأن الأمر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود من البيع هو الثمن وإن مات لكن من جهة الموكل وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم ك (قوله بقضاء القاضي) قيد بقوله بقضاء القاضي لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه (قوله وهو حد عام صحيح) أما عمومه فلأنه يتناول كل واحد من الحدود التي ذكرت في المدعي والمدعى عليه وأما صحته فلأنه جامع مانع عيني (قوله قيل أن القاضي يسميه مدعيا قبل إقامة البينة وأما بعدها يسميه محقا لا مدعيا)

فظهر وقال محمد وهو الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا الصحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان معنى قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره) لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق (فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها) ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكر وسنذكره ان شاء الله تعالى قال (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال (وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به) لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود واسماءهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره وان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون

(قوله وهذا الصحيح لما ورد من قوله عليه الصلوة والسلام اليمين على من انكر وروى اليمين على المدعى عليه ع (قوله دون الصور والمباني فانه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع اذا قال الخ ك (قوله فالقول قوله مع اليمين ويحلفه انه ليس في يده لا يلزمه رد ولا يحلفه على انه رده لان اليمين ابدا يكون على النفي عيني (قوله وكذا في الشهادة ان كلف المدعى عليه باحضار المدعى يشير اليه عند اداء الشهادة واذا استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف احضارها عيني (قوله ابلغ في التعريف لكونه ابلغ في صحة اليد عليه على ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن ع (قوله حاضرة الخ اي ان وقع الدعوى في عين غائبة لا يعرف مكانها بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا او جارية لا يدري انه قائم او هالك (قوله ذكر قيمتها وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كافي (قوله لان العين لا تعرف بالوصف لامكان مشاركة اعيان كثيرة فيه وان بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد القيمة تعرف به اي القيمة شئ يعرف العين به فذكرها يفيد وقد تعذر مشاهدة العين فحيلة حالية من قوله والقيمة تعرف به يعني والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة وذلك اقصى ما يكون في الاعلام فتابع (قوله ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهم لانه صار عقارا آخر بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس زفر المتروك على الغلط ع (قوله ولانه يحتمل ان يكون الخ فلا تصح الدعوى قبل اداء الدين او اداء الثمن من (قوله احترز به عن قول من يقول يكتفي بتصديق المدعى عليه انه في يده (مرهون)

(قوله يزول هذا الاحتمال لانه لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لا يطالب بالانتزاع من ذي اليد ل (قوله وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب الخ لان العين في يدي ذي اليد ربما من الصورتين مفتاح ع (قوله بالوصف قال ذهب او فضة وان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او درهما جيدا او رديا او وسطا اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذكر ... في البلد لانه في كل ... جنس من الاعلام ... ما يمكن به التعريف ع (قوله لينكشف وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون امر بالخروج عما لزمه بالحجة او يصير ... ان يصير ... ع

مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق قال (وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به) لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال (واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فان اعترف قضى عليه بها) لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (وان انكر سأل المدعي البينة) لقوله عليه السلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال (فان احضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

باب اليمين

(واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند ابي حنيفة معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكر الطحاوي قال (ولا ترد اليمين على المدعي) لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى) وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه

(قوله لقوله عليه السلام الخ قلت اخرجه البخاري ومسلم في القضاء عن وائل بن حجر قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذا غلبني على ارض كانت لابي فقال الكندي هي ارضي في يدي ازرعها ليس له فيها حق فقال عليه السلام للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه قال يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع عن شيء فقال ليس لك منه الا ذلك فانطلق ليحلف فقال عليه السلام لما ادبر لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض ت (قوله في الملك المطلق اراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يعرض للسبب بان يقول هذا ملكي ولم يعرض لسببه بسبب شراء او الارث او نحو ذلك عيني (قوله اولى يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي تهاترت البينات ويترك المدعى تركا في يدي ذي اليد ... لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجيح بينة ذي اليد فيقضي بها للذي في يده قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المصنف بقوله وقال الشافعي رح الخ

وعلى الولاء الثابت بها قال (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعى لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه قال (وينبغى للقاضى ان يقول له انى اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه) وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند ابى حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده فى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف فى ذلك كله الا فى الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاى وهذا ابنى منه وانكر المولى لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا فى الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجرى فى هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان فى معنى الحد ولابى حنيفة انه بذل لان معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا فى الانكار والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه

(قوله فيترجح هذا الجانب اى جانب كون الناكل باذلا او مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى رح بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان العاقل المتدين لا يترك الواجب ولا يترك دفع الضرر عنه بشئ من تلك الوجوه المحتملة اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضرورى اصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس واما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطى حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته فاذا لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا واما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب او يعطى حق خصمه فيسقط عن عهدته الواجب فمن لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا نتايج (قوله لما قدمناه اشار به الى قوله ولا يرد اليمين على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر نتايج (قوله موضع الخفاء لان القضاء بالنكول مجتهد فيه فان عند الشافعى لا يحكم بالنكول بل يرد اليمين على المدعى ك (قوله وهذا الانذار الخ وصورته ان يقول القاضى احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا اولا شئ منه فان نكل يقول ذلك ثانيا فان نكل يقول بقيت لك ثالثة ثم اقضى عليك ان لم تحلف (عن) ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بطلب المدعى ع (قوله وصورة الاستيلاد الخ انما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين اخواته تنبيها على امتناع الدعوى فى هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخواته الخلافية فان للدعوى فيه مساغا من الجانبين نتايج (قوله على ما قدمنا يعنى (قوله انه لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيبنى

حقه لعينه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال (ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع لا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا) لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر) وهذا عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة قال (واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام) كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة جائزة بالنفس عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير

(قوله وامر المال هين جواب سؤال مقدر هو انه هلا جعل في الاشياء المذكورة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها البذل بان امر المال هين لان المال خلق في الاصل مباحا مبتذلا لمصالح الناس فيجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان امرها ليس هين حيث لا يجري فيها الاباحة مل (قوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما مر فان قيل يلزم على هذا ان يتحقق الملزوم اي المهر بدون اللازم اي النكاح قلت ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه واما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لجواز ان يقوم الحجة على الاول دون الثاني فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام مل (قوله اذا كان يثبت الخ ادعى رجل ان فلانا ابني او ادعى انه ابي فاذا نكل يثبت وفي حق المرأة ادعت ان فلانا ابي يثبت النسب بالنكول مل (قوله في حق الرجل فانه اذا اقر بالاب او الابن يصح اقراره نتائج (قوله خصوصا الخ الاصل ان امتناع القصاص اذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعى عليه شيء لا القصاص ولا المال كما اذا اقام بينة القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين او اشهد على الشهادة وكما اذا ادعى الولي العمد والقاتل الخطأ مك (قوله يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فاذا كان كذلك فيجري البذل عيني (قوله للآكلة هي بوزن فاعلة وهي قرحة غائرة في الساق كثيرة العفن وسببها دم فاسد عيني (قوله كما في القسامة الى قسم اليمين على اهل محلة فانه اذا وجد القتيل في محلة ولم يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يختارهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فاذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا عيني

(قوله لعدم الفائدة) لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في المال كمال ع (قوله فيلازمه مقدار المجلس) لأن هذا القدر يحصل به الضرر للمدعي فيما إذا أمسكه على باب القاضي يوما أو أكثر بغير المدعي بغير ضرر على المطلوب فإذا ... وإن قام القاضي عن المجلس ولم يحضر المدعي بينته وأراد أن يحلفه ويخلي سبيل المطلوب فيذهب حيث شاء عيني (قوله وكيفية الملازمة نذكرها الخ) والذي يذكره المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس ... وإذا دخل داره لا يدخل معه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ...

من المال والخطير ثم لابد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال (فإن فعل وإلا أمر بملازمته) كيلا يذهب حقه (إلا أن يكون غريبا فيلازمه مقدار مجلس القاضي) وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

قال (واليمين بالله دون غيره) لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد أشرك (ويؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) لما روينا وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار) هكذا ذكر محمد في الأصل ويروى عن أبي حنيفة أنه لا يستحلف أحدا إلا بالله خالصا وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة

(قوله فصل في كيفية اليمين الخ) لما ذكر نفس اليمين وأنه في أي موضع يجب ذكر في هذا الفصل صفتها لأن الكيفية اسم لما هي ما يقع به المشابهة والا مشابهة ... صفة والصفة تقتضي سبق الموصوف تابع (قوله ولا شيء منه) لم يذكر ولا ... (قوله وله أن يزيد الخ) وذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عن التغليظ ومنهم من يتجاسر ولا يبالي عيني (قوله إلا أنه يحتاط) ولا يحتاط أن يذكر الأسماء والصفات بغير واو فإذا ذكر والله والرحمن والرحيم بالواو صارت ثلاثة أيمان والمستحق يمين واحدة ك (قوله في الخطير من المال) وفي الإقرار إذا قال لفلان مال عظيم يلزمه النصاب الشرعي عيني (قوله لما رويناه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر تابع (قوله وما ينبغي أن تعظم) لأن النار غيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وفي المبسوط كأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود هو النكول قال يذكر ذلك في اليمين تابع

وابرى من لايحلف الا بالله) لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله قال (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم) لان القاضى لايحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفى ايجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال (ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) لانه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف فى الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت) لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفى النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم فى الحال) لانه قد يطرأ عليه الخلع (وفى دعوى الطلاق بالله ما هى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابى حنيفة ومحمد اما على قول ابى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع (كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر) لانه يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه) لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات (وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على الآخر

(قوله ولا يجب الخ وقال الشافعى ان كانت اليمين فى قسامة او لعان او فى مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا يختص بالمكان فبين الركن والمقام ان كان بمكة وعند منبر النبى عليه السلام فى المدينة والمسجد الجامع فى غيرهما والمسجدان لم يكن ثمه جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة ك (قوله يكلف حضورها اى حضور بقعة معينة من المكان وساعة معينة من الزمان عينى (قوله ومن ادعى الخ هذا بيان نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل السبب ع ﴿ ١٤٥ ﴾ (قوله ولا يستحلف بالله ما بعت لانه اذا حلف على البيع يضطر الى اليمين الكاذبة عينى (قوله وفى دعوى الخ زاد ذكر الدعوى فى هذه المسئلة التى هى آخر المسائل المتناسبة المذكورة هنا ايماء الى انها معتبرة فى المسائل السابقة ايضا الا انها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة انتظام نتائج (قوله فى هذه الوجوه قال بعض العلماء ههنا كلام وهو انه لا يحلف فى النكاح عند ابى حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الظاهر ايضا ان يحمل كلام المصنف ههنا على التغليب اى تغليب سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف فى النكاح عنده من نتائج (قوله على السبب لان اليمين ليستوفى حق المدعى فوجب ان يكون مطابقا للدعواه والمدعى يدعى السبب عينى (قوله وقيل قائله شمس الائمة الحلوانى قال فى الذخيرة وهو حسن وعليه عمل اكثر القضاة عينى (قوله بخلاف الامة اذا ادعت على مولاها انه اعتقها فانه لا يحلف بالله ما اعتقها ولكن يحلف على الحاصل اى ما هى حرة فى الحال مل (قوله لا يتكرر على العبد المسلم فان التكرار انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم لا يتصور لانه يقتل بالارتداد عناية

(قوله فافتدى بيمينه الخ) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو اقل من المدعى واما اسم لم
من اليمين فانما يكون على مال اقل من المدعى فى الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع تتابع
(قوله لانه اسقط حقه) بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم حيث لم يجز وكان له ان يستحلف لان الشراء عقد
تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال ع (قوله باب التحالف) لما ذكر حكم يمين الواحد شرع فى بيان حكم يمين
الاثنين لان الاثنين بعد الواحد فرعاه فى الوضع ليناسب الوضع الطبع ﴿ ١٤٦ ﴾ تتابع (قوله الذي
لان البينة توجب الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجب الحكم عليه تتابع (قوله ولا تعارض فى الزيادة) لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة ساكنة عن المعارض عينى (قوله ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا الخ) فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذه الجارية معها بخمسين دينارا ع (قوله فان لم يتراضيا) اى ان لم يتراض البائع والمشترى على الزيادة سواء كانت مما يدعيه احدهما كما فى الصورة الاولى والصورة الثانية او مما يدعيه كل واحد منهما كما فى الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر تتابع (قوله لانه يطالب اولا بالثمن) هذا يدل على تقدمه فى الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهذا سبب بالتقدم لانه لما تقدم فى الانكار تقدم فى الذى يترتب عليه ع (قوله تتأخر المطالبة الخ) لان تسليم المبيع مؤخر الى زمن استيفاء الثمن لانه يحل له امساك المبيع الى ان يستوفى الثمن ك (وان
(قوله اذا اختلف المتبايعان الخ) قال فى شرح الاقطع حوابا عن هذا الحديث انما جعل القول قول البائع بانه ينكر لان يمين المشترى معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام واليمين على من انكر وسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه غاية البيان (قوله حجة للمنكر الخ) يعنى انه عليه السلام جعل القول ما قاله البائع وذلك يعنى الانكار بيمينه لكن لا يكتفى بها فلا اقل من الهداية بها عناية

فلا يفتدى بيمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضى (وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا) لانه اسقط حقه

باب التحالف

قال (واذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشترى اكثر منه واقام احدهما البينة قضى له بها) لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها (وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى) لان البينات للاثبات ولا تعارض فى الزيادة (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى فى الثمن وبينة المشترى اولى فى المبيع) نظرا الى زيادة الاثبات (وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان (فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكرها والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشترى لا يدعى شيئا لان المبيع سالم له بقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال (ويبتدئ بيمين المشترى) وهذا قول محمد وابى يوسف آخرا وهو رواية عن ابى حنيفة وهو الصحيح لان المشترى اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم

(وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء) لاستوائهما

(وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين) وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال (فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال (وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال (وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه) لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام

(قوله وانكان الخ) يعني ان هذا الذي ذكره من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح او بيمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع بيع عين بثمن وان كان الخ نتائج (قوله تأكيدا) بيانه انه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ربما يحلف ويكون بارا في يمينه فلعله اشتراه بالف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بالف ربما يحلف لجواز انه باعه بالف ودرهم ويكون صادقا في يمينه انه لم يبع بالف درهم فيبطل حق المبيع والاصح الاقتصار على النفي ولا عبرة بذلك الوهم لان البائع لو كان باعه بالف وتسعمائة لا يمضي البيع بالفين لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه لا يبالي بالحانث لانه لا يحنث في يمينه وكذا المشتري لو كان اشتراه بالف ودرهم لا يمضي الشراء بالف لانه يعلم ان البائع لا يبالي بالحلف على الف لانه لا يحنث في يمينه ك (قوله فلا تحالف بينهما) وقال زفر والشافعي يتحالفان اذا اختلفا في الاجل لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل انقص من الحال فكان ذلك اختلافا في وصف الثمن قلنا الاجل ليس وصف الثمن فان الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان الاجل وصفا للثمن لكان تابعا لا صله في الاستحقاق ك (قوله لان هذا اختلاف الخ) والشرع علق وجوب التحالف باختلاف اسم بعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او الثمن ك (قوله فتحالفان ... ١٠ ... من ان المشتري اذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع والبائع اذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع عليه (قوله كما اذا اختلفا في جنس الخ) فان ادعى احدهما الدراهم والآخر الدنانير فيتحالفان ويترادان المشتري رد القيمة عليه (قوله لانه سلم للمشتري الخ) ولا يدعي المشتري على البائع شيئا ينكره لان المبيع لو كان سلم اليه عينه

السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال (وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك من الثمن وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحي ولا شيء له) وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي (والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك) لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم واذا اختلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما

(قوله فلم يكن في معناه) لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه يفسخ العقد ويعود كل واحد منهما الى رأس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فالعقد بعد الهلاك لا يحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد ك (قوله ولانه لا يبالي الخ) جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه اي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او البائع وصار بمنزلة اختلافهما في الف والقبض بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لانه لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهما اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة فان قيل لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب كان ينبغي ان لا يتحالفا عند قيام السلعة لان المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصل للمشتري حتى لو كان جارية حل للمشتري وطؤها قلنا نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به ك (قوله وقال محمد يتحالفان الخ) والجواب ان هلاك البعض مخرج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل في القسم عليه فلا يجوز ع (قوله فيتقدر بقدره) اي فيتقدر الامتناع بقدر الهالك لان (يفسخ) الحكم لا يزيد على العلة عيني (قوله وهذا) اي توجيه قوله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك بما ذكر من قوله يكون الثمن كله الخ اهل (قوله ينصرف الخ) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند ابي حنيفة والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك زائدا على ما اقر به المشتري فلا يمين على المشتري تدابع

يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض (وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة البائع اولى) وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكر والقول للمنكر (وان اقاما البينة فبينة البائع اولى) لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف قال (وان اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول) ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري (ولو قبض البائع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال (ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود

(قوله والصحيح انه يحلف الخ) قال بعضهم يقسم الثمن على قيمة العبدين فما يخص الحي الف مثلا على زعم البائع وخمسمائة على زعم المشتري يحلف المشتري بالله ما اشتريته بالف ويحلف البائع بالله ما بعته بخمسمائة كما يدعيه المشتري واذا حلفا يفسخ العقد في الحي ثم يحلف المشتري على حصة الهالك فاما نكل لزمه ما ادعاه البائع وان حلف لزمه ما اقر به دون الزيادة والصحيح انهما يتحالفان على جملة الثمن لان من اشترى شيئين بالفي درهم يصدق في يمينه انه ما اشترى احدهما بالف وكذا البائع على هذا فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول ك (قوله ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض) يعني يقسم الذي اقر به المشتري في العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا على ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا على ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك على الثلث من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره ع (قوله اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك) فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان يقبل بينته لاثبات الزيادة قلنا الذي وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصدا فكانت احق بالاعتبار ك

(قوله بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع بسبب
(قوله تقبل بينته اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة واما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية بقبولها بما ذكرنا ع (قوله معناه اذا كان مهر مثلها الخ اما اذا كان مهر مثلها مثل ما ادعته او اكثر مما ادعته فبينة الزوج اولى لان بينة الزوج تثبت الحط وبينة المرأة لا تثبت شيئا لان ما ادعته ثابت بشهادة مهر ﴿١٥٠﴾ المثل ك (قوله تحالفا قيل التحالف

السلم) لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود المسلم فيه بخلاف الاقالة في البيع الا يرى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال (واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته (وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح) لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ (ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج) لان الظاهر شاهد له (وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل) لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها) لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة (وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة (فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر) لانه منكر لوجوب الاجرة (وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤاجر

(ايهما)

مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو فيهما موجود فالحق به ع (قوله ولكن يحكم مهر المثل استدراك عن قوله ولا يفسخ النكاح ك (قوله فلهذا يقدم في الوجوه كلها اي فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند ابي الحسن الكرخي لانهما اتفقا على اصل التسمية فكانت التسمية صحيحة في اصلها والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلف تعذر العمل بالتسمية فصارت التسمية كان لم تكن فيحكم مهر المثل ك (قوله وتخريج الرازي بخلافه فانه لا يقول بالتحالف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما بان يكون اكثر مما اقر به الزوج واقل مما ادعته المرأة واما اذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج او اقل فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ما تقول المرأة او اكثر فالقول قولها مع يمينها وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل مما ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ك

فيهما بكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال (وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال (واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لان الظاهر شاهد له (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعدما وقعت الفرقة (فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال

(قوله يمنع التحالف والمعقود عليه ههنا عرض وهو المنفعة والعرض لا يبقى زمانين ع (قوله لما ان له قيمة) لان القيمة للعين قائمة مقام العين لان العين تتقوم بنفسها مل (قوله لانه هو المستحق عليه اى هو الذي استحق عليه ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كما في الكافي نتائج (قوله عند الاداء يعني اذا ادى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلا بفك الحجر الى كونه مقابلا بالعتق عيني (قوله فبقي اختلافا الخ ﴿ ١٥١ ﴾ فالعبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر عيني (قوله فلا يتحالفان وان اقام احدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة. لانه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه نتائج (قوله واذا اختلف الزوجان اى ادعى كل واحد منهما ان الكل له عيني (قوله فما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل اى القول فيها قول الزوج مع اليمين الا اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال ك (قوله وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلي فهو للمرأة اى القول قولها فيها بشهادة الظاهر الا اذا كان الرجل صائغا او يبيع ثياب النساء ك (قوله كالوقاية وهي ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بها لانها تقي الخمار ع (قوله وما يصلح لهما كالفرش والامتعة والاواني والرقيق والعقار والمنزل والمواشي والنقود فانهن للزوج فيه ايضا لان المرأة وما في يدها في يد الزوج فكان الاموال كلها في يد الزوج ك (قوله لانه يعارضه الخ فجعلنا القول قولها، كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى ك (قوله ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل النساء عنايه

والنساء فهو للباقي منهما) لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لامعارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد ما كان للرجل فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته) لما قلنا لابي حنيفة (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث (وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة) لان يد الحر اقوى (وللحي بعد الممات) لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

(واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي) وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين عن ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله (ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة) لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين ليمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد للوجه الثاني

(قوله وهذا الذي ذكرنا يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجل فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بقبله وعلى هذا قوله وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة الخ معناه مما يصلح لهما ع (قوله لما قلنا لابي حنيفة اي من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت ﴿ ١٥٢ ﴾ الخ ع (قوله لقيام الوارث الخ اى ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه فيماله فكما ان المشكل له في حيوته مع يمينه فكذا كان القول لورثته عيني (قوله لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست يد ملك ك (قوله وهذا اى ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب نتايج (قوله بمنزلة الحر والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض ع (قوله هذا الشيء اودعنيه الخ صورته دار او ثوب في يد انسان ادعى رجل عليه انه له فقال ذو اليد هذا الشيء الخ فلا خصومة بين ذي اليد الذي هو المدعى عليه وبين المدعي عيني (قوله واقامتها البينة فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب عيني (قوله ولانه ما احاله الخ فيه قصور لانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع انه منقوض على قول ابي حنيفة وابي يوسف بالمسئلة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه (وعند) فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر ثم ان الظاهر كان ان يقول المصنف لانهم ما احالوه بدل قوله لانه ما احاله لان المسئلة في ان لا يعرفه الشهود لا في ان لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب ما منهم اليه بتابع الافكار

وعند ابى حنيفة تندفع لانه اثبت ببينة ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعى هو الذى اضر بنفسه حيث نسى خصمه او اضر شهوده دون المدعى عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وان قال المدعى غصبته منى او سرقته منى لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة) لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذى اليد وتصح دعوى الفعل (وان قال المدعى سرق منى وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول ابى حنيفة وابى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب منى على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذى فى يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (وان قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة) لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى يد ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

﴿ باب ما يدعيه الرجلان ﴾

قال (واذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعى فى قول تهاترتا وفى قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى الكل فى حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة لان النبى عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله

(قوله والمدعى هو الخ جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى ع (قوله وهذه المسئلة الخ يعنى هذه المسئلة من مسائل كتاب الدعوى من الاصل يسمى مخمسة لان فيها من خمسة اوجه لان ذا اليد قال هذه وديعة او عارية او اجارة او رهن او غصب او يسمى مخمسة لان فيها خمسة اقاويل علماء (قوله الاقوال الخمسة وهو قول ابن شبرمة وقول ابن ابى ليلى وقول ابى يوسف وقول محمد وقول ابى حنيفة ك (قوله وان ﴿ ١٥٣ ﴾ قال ابتعته الخ يعنى اذا ادعى على ذى اليد عبدا فقال ذو اليد اشتريتها من الغائب لا تندفع الخصومة عنى (قوله لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه وهو الغصب لا بيده الاترى ان دعوى الغصب كما يصح على ذى اليد يصح على غير ذى اليد حتى ان من ادعى على آخر انه غصب عبده وليس فى يده عبد صحت دعوته ويلزمه القيمة ك (قوله لانه لم يدع الخ اى لم يدع المدعى الفعل على ذى اليد بل هذا دعوى الفعل على المجهول وهى باطلة فالحقت بالعدم فبقى (قوله الا انه لم يعينه درءا للحد الخ لانا اذا جعلناه سارقا لا تندفع الخصومة عنه ويقضى القاضى بالعين للمدعى فمتى ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لا يقطع يده لانه ظهرت سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا تندفع الخصومة عنه ولا يقضى بالعين للمدعى فمتى ظهر سرقة بعد ذلك بيقين يقطع يده لانه ظهرت سرقته قبل ان يصل العين الى المالك فكان فى جعله سارقا احتيالا بالدرء ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان ك (قوله تهاترتا اى ابينتان اى تساقطت وبطلت مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه كذا فى المغرب ك (قوله فيتهاتران كما لو شهد شاهدان انه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران انه عتق عبده بالكوفة فى ذلك اليوم وذلك لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن اولى ك

صلى الله عليه وآله وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال (فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك (قال ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما) لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا إذا لم تؤقت البينتان فأما إذا وقتتا فصاحب الوقت الأول أولى (وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته) لتصادقهما (وإن أقام الآخر البينة قضى بها) لأن البينة أقوى من الإقرار (ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (إلا أن يوقت شهود الثاني سابقا) لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد (وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك) لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن فإن (قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لأنه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ونظير الأول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر

(كل)

(قوله كان في ابتداء الإسلام أي كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا أيضا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وإنما يقرع تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار

(قوله فصحت الشهادتان فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة إذ لا علم للعباد بحقائق الأمور وإنما يعتمد ظاهر الحال وقوله إن القاضي تيقن بكذب أحدهما ضعيف فكل واحد منهما اعتمد شيئا أطلق له أداء الشهادة وهو معاينة اليد أو سبب الملك ك (قوله أولى ولقائل أن يقول قول صاحب الوقت الأول أولى ليس بجار لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعد مضي مدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها أما إذا احتملت ذلك فيثما وبان لجواز أن الأول طلقها فتزوجها الثاني والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك ع (قوله أقوى من الإقرار لأن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة عيني (قوله فلا ينقض أي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الأول بل دونها لأن الأولى تأكدت بالقضاء فترجح (قوله لولا بينة صاحبه يعني لولا بينة صاحبه لظهر استحقاقه في الكل وقد انفسخ بقضاء القاضي فلا يعود إلا بإنشاء جديد عيني (قوله ونظيره أي نظير ما إذا قال أحد المدعيين لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي حيث يكون للآخر أخذ الجميع تسليم أحد الشفيعين يعني إذا سلم أحدهما قبل القضاء يقضي للآخر بجميع الدار وإن سلم بعد القضاء لا يكون للآخر إلا نصف الدار وهو معنى قوله ونظير الأول الخ عيني

(قوله لأن تمكنه الخ) مراده أن تمكن أحدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه سابقا إذ لو كان شراء غير القابض سابقا لما تمكن القابض من قبضه لأنه يصير حينئذ ملك الغير القابض والإنسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه نتائج (قوله معناه من واحد) احتراز عما إذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من رجل آخر فيكون بينهما نصفين ولا أولوية للشراء على الهبة ح

كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ولو وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك وإن لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولأنهما استويا في الإثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة قال (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما في وجه الترجيح ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع وصار كإقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح قال (وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه (وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقام بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من

على ما سيجيء بعد هذا في قوله وإن ادعى أحدهم الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره إلى أن قال قضى بينهم أرباعا والفرق هو أنهما إذا ادعيا الشراء والهبة من واحد لا يحتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما فينتصب خصما وإنما الحاجة في إثبات سبب الملك عليه وفي إثبات سبب الملك منهما الشراء أقوى من الهبة أما إذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما يحتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما وينتصب كل واحد منهما خصما عن ملكه في إثبات الملك له ولا ترجيح لنفسه والحجتان في إثبات الملك لهما سواء فيقضى به بينهما كذلك مل (قوله معاوضة) فإن قيل الشراء مبادلة المال بالمال ويوجب الضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة فالشراء أقوى قلنا النكاح أقوى لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشترى ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترى ك (قوله لأنه أمكن العمل الخ) أي متى قلنا بسبق النكاح بطل البيع فإذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء لأنه يفضي إلى تصحيح البينتين جميعا فكان الشراء أولى ووجب للمرأة على الزوج قيمته ذلك لأن من تزوج امرأة على عبد الغير صحيح ووجبت القيمة فكذلك ههنا عيني

(قوله معناه من غير صاحب اليد) كأنه قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال ولو ادعى اثنان كل منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من بعد هذا الحكم المذكور هو ما ثبت بذلك انه لا فرق بين ان يدعيا الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم ك (قوله حتى يتبين الخ) لان الشراء امر حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم يتبين بعد على ما هو القاعدة المقررة عندهم

جهته ولم يتلق الآخر منه قال (ولو ادعيا الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد (واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى) لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه (وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء) لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين) لان توقيت احديهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره (ولو ادعى احدهم الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم ارباعا) لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال (فان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض

فشراء غير المؤقت يضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء الوقت حكما نتائج (قوله لان البينتين الخ) يعني انه لما لم يتعرض الشاهدان لجهة الملك جاز ان يكون جهة الملك اي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر اقدم في نفس الامر ويكون صاحب التاريخ المؤخر اسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الاخرى حيث كان الاسبق اولى لتعرضه لسبق سبب ملك احد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال ان يكون الآخر اسبق في الملك نتائج (قوله معنى الدفع) اي دفع بينة الخارج على معنى انه لا تصح الا بعد اثبات تلقي الملك من جهته ك (قوله على الدفع) كبينة المرأة والعبد والامة بالطلاق والعتاق على الوكيل ستعلم لتصريح الوكيل عنهم ك (قوله مقبولة) فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك وقام بينة انه اشتراه منه تسمع الخصومة فتدبر (قوله لو كانت (ولابي) الدار في ايديهما معناهما اذا ارخا لصاحب الوقت الاقدم وعند محمد يبطل التقدم ويكون الدار بينهما لان كل واحد منهما خارج وذو اليد فيما في يد صاحبه خارج فيأخذ كل واحد منهما ما في يد صاحبه ك

لابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما اذا اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى) لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد) لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص والاول بمنزلة الاجتهاد قال (وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة) كغزل القطن (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر) لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال (وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى) لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال (وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان ويترك الدار في يد ذي اليد)

(قوله بجماله الخ وهذا لان الذي لم يؤرخ كما احتمل ان يكون متأخرا عنه احتمل ان يكون سابقا على التاريخ صاحبه (قوله بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف كما لو ادعيا الشراء يعني انهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولابد للحدوث من التاريخ فيضاف الخ (قوله وهذا هو الصحيح وجه الصحة ان محمدا ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد (قوله ولو تلقى كل واحد الخ صورة المسئلة عبد في يد رجل ادعاه رجل آخر انه عبده اشتراه من فلان وانه ولد في ملك ذلك الفلان الذي باعه واقام على ذلك بينة واقام صاحب اليد بينة على انه عبده اشتراه من فلان يريد رجلا آخر وانه قد ولد في ملك فلان الذي باعه فهي للذي اليد لان كل واحد خصم في اثبات نتاج بائعه كما هو خصم في اثبات ملك بائعه ولو حضر البائعان واقاما البينة على النتاج كان ذو اليد اولى فهذا مثله عيني (قوله لم يصر مقضيا عليه الخ لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان اعاد ذو اليد بينة قضى له بها رفقا بما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعدها قضى بها للثالث نتائج (قوله لانه بمنزلة النص لدلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه لا القضاء الواقع على خلاف النص عيني (قوله وكذلك النسج اي النسج كالنتاج في انه لا يتكرر وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل انه ملكه بان نسجه في ملكه فاقام على ذلك بينة واقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد نتائج

قال وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد يقضي بها لذي اليد ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال

(وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء) لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما

جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب

النصف ربعها عند ابي حنيفة) اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر

(قوله ولا يعكس الامر بان الخارج كانه اشترى من ذي اليد اولا ثم باعه من ذي اليد لان في ذلك يلزم منع البيع قبل القبض والبيع قبل الخ عيني (قوله وفيه التهاتر بالاجماع لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت من المعاينة ولو عاينا اقرارهما معا بطلا فان ما لا يعرف سبق احدهما جعل كانهما وقعا معا وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا (قوله لا يمكن القضاء الخ لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما نقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا للحكم بالبينة له فبقي القضاء بمجرد السبب ﴿ ١٥٨ ﴾ وذلك لا يفيد ع (قوله تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا يتهاتر الشهود فكذلك ههنا واما عند محمد فلان الجمع الخ عيني (قوله بقوة فيها كالعدالة حتى ان احد المدعيين لو اقام مستورين والآخر عدلين فانه يترجح الذي شهد له العدلان عيني (قوله فاعتبرا طريق العول وذلك اذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفي المجموع فيحتاج الى العول كما في امرأة ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام واختا لاب للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف وللاخت لاب السدس تكملة للثلثين فتعول المسئلة الى سبعة وكانت في الاصل من ستة عيني (قوله ولهذه المسئلة اي المسئلة المذكورة اشباه حكم فيها ابو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسئلة واضداد حكم فيها ابو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس هذه المسئلة نتائج (قوله نظائر واضداد فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة (ومن) والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد الموليين مائة درهم والاجنبي مائتين ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا ع

(قوله وهو في يده سالم له) توضيحه ان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده ليكون يده محقة فيه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب ومدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده مسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة نتايج (قوله فيترك في يده اي واذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يد مدعي الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يد مدعي الجميع بلا قضاء نتايج (قوله لانه ظهر كذب الخ وذلك مانع عن قبول الشهادة ﴿١٥٩﴾ حالة الانفراد فمع حالة الاجتماع ايضا فيترك الدابة في يد من هي في يده لما قلنا ثم تركها كما هو سم بقيتها البينة ع (قوله لاستوائهما في الاستحقاق) وذلك لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصار دعوى الوديعة والغصب سوا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق عيني (قوله فصل في التنازع بالايدي) لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لان الاول اقوى ولهذا اذا اقامت البينة لا يلتفت الى دعواه ع (قوله فالراكب اولى اي في كونه ذا اليد لان الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف متى اقام الآخر البينة تقبل ك (قوله لان القعود الخ اي لان اليد على البساط لا يثبت الا بالنقل والتحويل او يكون في يده حكما بكان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك ولهذا لا يصير غاصبا بمجرد القعود عليه بخلاف الركوب على الدابة فانه يصير غاصبا بمجرد الركوب عليه بغير الاذن

وقد ذكرناه في الزيادات قال (ولو كان في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفه على وجه القضاء ونصفه لا على وجه القضاء) لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يد صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال (واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى) لان الحال تشهد له فيترجح (وان اشكل ذلك كانت بينهما) لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال (واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) لاستوائهما في الاستحقاق

﴿فصل في التنازع بالايدي﴾

(واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى) لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك (وكذلك اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى) بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما صاحب الحمل اولى) لانه هو المتصرف (وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى) لانه اظهرهما تصرفا (ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال (واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان) لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق قال (واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله) لانه في يد نفسه (ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده) لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق (وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده) لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو

عيني (قوله لانه اقر بانه لا يد له الخ فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه ولا يقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كما في الكافي فان قيل الاقرار بالرق من المضار واقوال الصبي فيها غير معتبرة وان كان عاقلا كالعتاق والطلاق والهبة قلنا الرق فيهما لا يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا عند معارضة اياه بدعوى الحرية لا يعتبر بعد عليه وعند عدمها يتقرر كما في الصبي الذي لا يعقل ويكون القول قوله في رقه نتايج

بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان بعير فلو كبر وادعى الحر به لا يكون اعول
قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال (واذا كان لحائط لرجل عليه
جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال
والهرادي ليست بشيء) لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر
صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل والآخر
كوز معلق بها والمراد بالاتصال مداخلة اللبن جداره فيه ولبن هذا في جداره
وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على
بعض بناء الحائط وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار
للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا
في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما
(ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما
ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة (وان كان جذوع احدهما اقل من
ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) في رواية وفي رواية
لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل
على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة
في جنس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه
الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان
الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر
ليس حجة في استحقاق يده (ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال
فالاول اولى) ويروى ان الثاني اولى وجه الاول ان لصاحب الجذوع
التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الثاني
ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه
القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه
رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال (واذا كانت دار منها في يد
رجل عشرة ابيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان)
لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال (واذا ادعى
الرجلان ارضا) يعني يدعي كل واحد منهما (انها في يده لم يقض

(قوله لا يكون القول الخ) فلا تزول يده عن حرية الا بدليل عيني (قوله والهرادي ليست بشيء) في المغرب
الهردية بضم الهاء وتشديد الياء عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان
الكرم وقال ابن السكيت هو الهردي ولا تقل هردي وقال شارح الوقاية الهرادي الخشبات التي توضع
على الجذوع مثل (قوله لان الحائط الخ) اي لانه لما لم يكن استعماله الا هو وحاذا الحائط لا يبنى لهما وانما يبنى
للتسقيف والتسقيف لا يمكن
على الهرادي والبواري
صار عدما كما لك (قوله
موضع جذعه) وفي الايضاح
يريد به حق الوضع لان
استحقاق صاحب الخشبات
باعتبار الظاهر وهو ليس
بحجة لاستحقاق يده اما اذا
اثبت ملكه بالبينة كان
لصاحب الملك ان يمنع
صاحب الجذع من وضع جذعه
على جداره ك (قوله
لكل واحد الخ) لان يد
كل واحد منهما على موضع
خشبه ثابتة وسبب الاستحقاق
انما هو اليد على ذلك
الموضع ك (قوله ليس
بحجة الخ) فلا يستحق دفع
الخشبة الموضوعة اذ من
الجائز ان يكون اصل الحائط
لرجل ويثبت للآخر حق
الوضع عليه عيني (قوله
وللآخر اتصال) المراد به
الاتصال الذي وقع في احد
طرفي الحائط المتنازع فيه
واما اذا وقع اتصال التربيع
في طرفيه فصاحب الاتصال
اولى وعلى هذا عامة المشايخ
نتائج (قوله لما قلنا) اشارة
الى قوله لان الظاهر ليس
بحجة في الاستحقاق حتى
لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها وسكوتها حجة مطلقة عيني (قوله وصححها الجرجاني) هو الفقيه (ابو)
ابو عبد الله المرشد ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده
ثابتا قبل وضع الجذوع فصار نظير سبق التاريخ نتائج (قوله لاستوائهما الخ) ولا معتبر بكون احدهما
سراجا ولا بادون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة ع

(قوله حتى يقيما البينة الخ) اقول في عبارة الكتاب مسامحة وكان الظاهر ان يقال حتى يقيم البينة انها في يده لان القضاء انما هو باليد واستحقاقها انما يتوقف على اقامة واحد منهما البينة انها في يده لا على اقامتهما البينة انها في ايديهما كما لا يخفى (قوله وان اقاما الخ) فان طلب كل واحد منهما من صاحبه ما هو في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما من دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها كان في يده ونصفها كان للذي في يد صاحبه بنكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث (قوله لقيام الحجة) فان قيل البينة حجة على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضي باليد فيها للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد الاترى انه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء كانت بينته مقبولة له (قوله ومبنى النسب الخ) جواب عن التناقض لان الانسان قد لا يعلم ان يكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه (قوله فيعفى فيه التناقض) اي لا يمنع صحة الدعوى كما ان الزوج اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض فكذا ان الخفاء في امر العلوق سائغ (قوله مع دعوة البائع) انما قيد بقوله مع دعوة لانه لو ادعاه المشتري اولا يثبت النسب منه ولا يثبت نسبه من البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب غيره (قوله ولا حقه) اي لا يثبت حق العتق وهو امومية الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشتري ولا تصير الام ام ولد للبائع كما اذا ادعاه اجنبي آخر انتهى

انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما) لان اليد فيه غير مشاهدة لتعذر احضاره وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته (وان اقام احدهما البينة جعلت في يده) لقيام الحجة اذ اليد حق مقصود (وان اقاما البينة جعلت في ايديهما) لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة (وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها

﴿ باب دعوى النسب ﴾

قال (واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له) وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لانه قبضه بغير حق (وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى) لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة (الا اذا صدقه المشتري) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله (وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري) لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه ثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك قال (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام) لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك

فلا يبيعه استيلاد الام (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع) لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى (ويرد الثمن كله في قول ابى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال (ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع) لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض وينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من

(قوله في العتق والغصب حتى اذا اشترى ام ولد الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها وكذا لو غصبها فماتت في يده عيني (قوله وفي الجامع الصغير انما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما ان حكم الاعتاق فيما نحن فيه كحكم الموت عيني (قوله ويرد عليه الخ يعني يقسم الثمن على قيمة الولد وقيمة الام فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء عيني (قوله بحصته من الثمن والفرق بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فانه يرد جميع الثمن عند ابي حنيفة هو ان في الموت لو ثبتت امومية الولد لا يبطل حكم من الاحكام ولا كذلك في اعتاقها لانه يبطل العتق الثابت من الملك ولانه لو قلنا ببطلان العتق يلزم ابطال الحقيقة بالحق ك (قوله ووجه الفرق اي فيما اذا اعتق المشتري الام ولم يعتق الولد حيث يكون دعوى البائع صحيحة في حق الولد وفيما اذا اعتق المشتري الولد دون الام حيث يبطل دعوى البائع اصلا عيني (قوله وكما في المستولدة الخ يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امومية الولد للمستولد (قوله والحق لا يعارض الخ نوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو وكان المالك القديم يأخذه بالقيمة وانما كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس من جنسه بل هو جمع بينهما ع (قوله هو الصحيح احترز به عما ذكره في المبسوط وقاضيخان (الاسبيجابي)
والمشتري انه يرد ما خص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم انها ولدت حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن ع

(قوله فلا يتصور الخ) ولا يتصور علوق الثاني على علوق الاول لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم نت (قوله وفي الجامع الصغير الخ) ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوة النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري ع (قوله بخلاف ما اذا كان الخ) اي اذا كان الولد واحدا فباعه واعتقه المشتري ثم ادعى البائع انه ابنه فلا يبطل العتق ولا يثبت النسب مل (قوله يبطل العتق الخ) يعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة ﴿ ١٦٣ ﴾ انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوة البائع وانه لا يجوز لان عتق المشتري عتق حقيقي وحق البائع حق الدعوة والحق ادنى من الحقيقة فلا يعارضها فكيف يرفعها ك (قوله تبعا لحريته فيه حرية الاصل) اي لا حرية باعتبار العرض والضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله ثبت والضمير راجع الى المشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته واتى بالفاء اشارة الى انه لما تبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال نت (قوله فافترقا) اي فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوأمين وما اذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق هناك اصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا نهاية ك (قوله ثبت نسب الخ) اي يثبت نسب الولدين من البائع اصلا لان التوأمين لا ينفكان نسبا وقد ثبت نسب الذي عنده بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذي عند البائع على البائع ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا ينقض بيعه لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد الى اتصال العلوق بملك من يدعيه واذا كانت دعوة تحرير يقتصر على محل ولايته وصار كأن البائع اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري عليه ك

المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال (ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه) لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده انهما ابناه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حرية الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا (ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع) لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال (واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه) وهذا عند ابي حنيفة (وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد

١١٠

(قوله على هذا الخلاف فلا يقوم حجة فانه لو اقر المشتري باعتاق البائع المشتري وكذبه البائع ثم
قال المشتري انا اعتقته فلا يتحول الولاء الى المشتري عند الامام الاعظم مل (قوله ولو سلم اي لو سلم
ان تلك المسئلة بالاتفاق فنقول بين الولاء والنسب فرق عيني (قوله كجر الولاء الخ صورته معتقة
تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فاذا اعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه عيني (قوله على الولاء
الموقوف وهو الولاء من جانب البائع وسماه موقوفا لانه ١٦٤ على عرضية التصديق
بعد التكذيب عيني (قوله
وهو دعوى المشتري كونه
اقوى لقيام ملكه في الحال
عيني (قوله بخلاف النسب
فانه لا يجوز نقض النسب
بعد ثبوته فلم يبطل ثم صح
دعوة المولى بعد اقراره انه
ابن فلان عيني (قوله فينقطع
دعواه الخ ومن ذلك الخبر
لو صدق وكذب او لم يعرف
منه تصديق ولا تكذيب لم
يصح دعوة المقر عند ابي
حنيفة والحيلة على قولهما كل
ان يقر البائع ان هذا ابن
فلان الميت حتى لا يتأتى منه
تكذيب فيكون مخرجا على
قول الكل ذكره شمس الائمة
السرخسي ك (قوله وفي
عكسه الخ يعني لو جعلناه
عبد المسلم جعلناه مسلما
تبعا وحرمناه عن الحرية لانه
ليس في وسعه اكتساب
الحرية ك (قوله وهو اوفر
النظرين لان انتفاعه بالنسب
من المسلم فقط باسلامه ك
(قوله ان يكون المرأة الخ
انما قيد بذلك لان المرأة
اذا لم تكن ذات زوج يكون
القول قولها من غير بينة كذا
في الرمل ك (قوله فلا بد من
حجة تامة هي شهادة رجلين او رجل وامرأتين الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج (من)
فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة عيني (قوله
وان كان الصبي الخ اراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاذا عبر فالقول له لانه اذا صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه ع
(قوله فان المغرور الخ انما سمي مغرورا لان البائع غره وباع منه جارية لم يكن مالكا لها شرح وقاية

يرد ما قاله ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل بالاعتراض
الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب فقد اعترض على الولاء الموقوف
ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا
يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع
دعواه باقراره بالنسب لغيره ... (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال
النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر) لان
الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا
اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية
ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه
اكتسابها (ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى) ترجيحا للاسلام
وهو اوفر النظرين قال (واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى
تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها
تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل
نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب
فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على
الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند ابي حنيفة وقد مر
في الطلاق (وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان
فيه الزاما على نفسها دون غيرها (وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه
وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) لانه التزم نسبه فاغنى ذلك
عن الحجة (وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت
انه ابنها من غيره فهو ابنهما) لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما
او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق
عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل
آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب
المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتمله
قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم
الاب قيمة الولد يوم يخاصم) لانه ولد المغرور فان المغرور

(قوله باجماع الصحابة فانه لاخلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولاخلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فجارية مثلها وقال علي بن ابي طالب عليه قيمة الولد واليه ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنص ان

من بعد امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق فولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع (ولو مات الولد فلا شيء على الاب) لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه (ولو قتله الاب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته) لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

قال (واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما) اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولايته المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا يتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من جهته بخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة

الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتأويل حديث عمر يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فالخلاف ارتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر وتبيين مراده على وفق ما يقتضيه النص الدال على ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل تتارخ (قوله فيجعل الولد الخ لان مقصود الاب من الاستيلاد انعلاق ولده حر اذ لو علم بانعلاقه رقيقا لا يقدم على الاستيلاد فيجعل حر الاصل تحقيقا لمقصوده ك (قوله كما في ولد المغصوبة اي ولد الجارية المغصوبة فان ولدها امانة لا تضمن الا بالمنع عيني (قوله وكذا لو ترك الخ اي لا شيء عليه اي على الاب لو مات ولد المغرور وترك مالا ميراثا لابيه عيني (قوله وانه ملزم هذا حكم الاقرار اي ان الاقرار ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة اي لوقوع الاقرار دلالة على وجود المخبر به لان الاقرار دائر بين الصدق والكذب ويترجح جانب الصدق اي امر لا يكذب على ان المال محبوب المرء طبعا لا يقول لغيره كاذبا مع كمال عقله وديانته عيني (قوله وتلك المرأة وهي العامدية وهي التي زنى بها ولد الاعرابي فعلقت ذلك الولد وقال رسول الله عليه السلام لانيس اغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمت كذا روى الشيخان فلما جعل الاقرار حجة في الحدود التي تدرأ بالشبهات فلا يكون حجة في غيرها اولى مل

(قوله في المقر له كما إذا قال لرجل على ألف درهم أو يقول لرجل على ألف درهم لم يصح الإقرار لأن زيدا في الدنيا كثير إلا أن يبين ك (قوله غير ذلك أي غير مال له قيمة نحو أن يقول غصبت شيئا أو حق من الإسلام أو كفا من التراب مل (قوله والقول قوله الخ أي إن ساعده المقر له على ما بينه أخذه وإن ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لأنه خرج عن موجب إقراره بما بين فإذا كذبه المقر له فيه صار رادا لإقراره فبقي دعواه شيئا آخر عليه وهو ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه ك

في المقر له لأن المجهول لا يصلح مستحقا (ويقال له بين المجهول) لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه (فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان) لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان (فإن قال لفلان علي شيء لزمه أن يبين ما له قيمة) لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فإذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال (والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك) لأنه هو المنكر فيه (وكذا إذا قال لفلان علي حق) لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة (ولو قال لفلان علي مال فالمرجع إليه في بيانه) لأنه هو المجمل (ويقبل قوله في القليل والكثير) لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفا (ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم) لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا إذا قال من الدراهم أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أي فن سماه) اعتبارا لأدنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة) وهذا عند أبي حنيفة (وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين) لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) لأنها أقل الجمع الصحيح (إلا أن يبين أكثر منها) لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما) لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال كذا وكذا لم يصدق في أقل من أحد وعشرين) لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لأنه تفسير للمبهم

(قوله لما بينا من أنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها (قوله ويجب أن يبين الخ أي لا بد من أن يبين شيئا هو مال لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غير مال إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد إلا على ما هو مال وما يثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون إقرارا بشراء ما هو مال لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه ولا بد من أن يبين مالا يجري فيه التمانع بين الناس حتى إن فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لأن الإقرار بالغصب دليل على أنه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه وهذا مما يجري فيه التمانع فإذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لأن هذا بيان مقرر لأصل كلامه وبيان المقرر صحيح موصولا كان أو مفصولا ك (قوله إلى الوزن المعتاد أي بين الناس لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى ما هو غالب نقد البلد عيني (قوله وأقل ذلك الخ والأكثر تسعة عشر إلا أن الأقل يلزم من غير بيان والزيادة تقف على البيان (قوله ولو قال كذا درهما الخ هذه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكرها محمد في الأصل نتائج (قوله تفسير للمبهم أي تمييز للشيء المبهم وهو كذا لأنه كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه نتائج

(ولو)

(قوله لانه لا نظير له سواه اي لا نظير للمثلث بلا واو وتقريره انه يحمل الواحد منها على التكرار فيرد عليه عدم ثلثة اعداد يجمع بينها ذكرا بلا ذكر عاطف عيني (قوله على مامر في الكفالة اي في اوائل كتاب الكفالة وهو قوله وكذا اذا قال انا زعيم وقبيل لان الزعيم هو الكفيل والقبيل هو الكفيل عيني (قوله حيث يكون المضمون حفظه اي حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة والمال محله اي محل الحفظ فقط ذكر محل الحفظ

(وهو ثلث كذا بعيرا وفيه عشر) لانه لا نظير له سواه (وان ثلث بالواو فمائة وواحد وعشرون وان ربع يزاد عليه الف) لان ذلك نظيره قال (وان قال له على او قبلي فقد اقر بالدين) لان على صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على مامر في الكفالة (ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي وفي بعض نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الضمان والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح (ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيس او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده) لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما وهو الامانة (ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار) لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال (ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا) لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال (ويستحلف المقر له على الاجل) لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه) وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني ووجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة

وهو المال اي الوديعة واراد الحال وهو حفظه مجازا كما في قولهم نهر جار ولكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا لانه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء نتائج (قوله قال رضي الله عنه الخ كان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر اولا ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح لذا قدمه في الذكر (قوله والاول اي ماذكر في الاصل هو الاصح لان استعماله في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه احق كذا (قوله ودعوى الابراء اي قال ابرأتني منها كالقضاء اي كدعوى القضاء لما بينا اي قوله والقضاء يتلو الوجوب يعني ان الابراء ايضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون في مال واجب عليه نتائج (قوله وكذا دعوى الخ يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان ذلك اقرارا لان الصدقة والهبة من قبل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته نتائج (قوله لانه صفة اي لان السواد صفة اصلية في الدراهم لان الدراهم لا تطبع الا بيضا والاصل في البيض عارض لا يثبت بلا شرط والقول لمنكر العارض عيني

الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون وأما الثياب فما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة (وكذا إذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها ثيابا قال (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره في الأصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه أن القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما إذا قال غصبت تمرا من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب المنزوع قال (ومن أقر بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة) لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لأن اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل) لأن الاسم ينطوي على الكل (ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وإن قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا) لأنه ظرف لأن الثوب يلف فيه (وكذا لو قال علي ثوب في ثوب) لأنه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف (وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف وقال محمد لزمه أحد عشر ثوبا) لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ولأبي يوسف أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضا قال الله تعالى «فادخلي في عبادي» أي بين عبادي فوقع الشك والأصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملا ولو قال على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة (لأن الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لأن اللفظ يحتمله (ولو قال له علي من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة

(قوله وذلك في الدراهم الخ اى ذلك حيث يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة فيجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت دينا في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها ع (قوله فبقي على الحقيقة اى على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل موقوفا على المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت عيني (قوله غير مضمون الخ لان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما نتائج (قوله ومثله اى مثل اقرار الدابة في الاصطبل (قوله غصبت الطعام في البيت فلا يلزمه الا الطعام عندهما وعند محمد يلزمانه عيني (قوله قد يلف الخ هو منقوض على اصله بما لو قال غصبت كرباسا في عشرة أثواب حرير فعند محمد يلزمه الكل في هذه الصورة مع ان عشر حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة ك (قوله وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كان كل واحد منها موعى بما جاوره ولو عاء لما هو ليس بموعى هو فكان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا

(فيلزمه)

(قوله فصل) كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار انتهاء
(قوله يعلم انه كان قائما الخ) بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار وان جائت به لاكثر من ستة اشهر وهي معتدة فكذلك واما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه عيني (قوله لانه اقرار في الحقيقة لهما) اذ التركة مبقاة على ملك الميت ما لم ينصرف الى وارثه او الى من اوصى له به ك (قوله فالمال بينهما) اي ان كان ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية بينهما نصفان وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين عيني

فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية (وقالا يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان (ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء) وقد مرت المسائل في الطلاق

فصـــل

قال (ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح) لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثتهما) لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء) لانه بين مستحيلا قال (وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد يصح) لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال (ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال (ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط) لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال (ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال (وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء) لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق (ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف (ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء) وقال محمد لا يصح

(قوله لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله) اذ صدر من اهله مضافا الى محله ولا نزاع في صدوره من اهله ولانه هو المفروض وامكن اضافته الى محل لحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة ع (قوله لان له وجها صحيحا) بان كانت الجارية لواحد فاوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه ورث الجارية ع لا بوصيته مورثه ع (قوله ومن اقر الخ) صورته انه اقر لرجل بدين من قرض او غصب او وديعة مستهلكة او قائمة على انه بالخيار في ابقاء الاقرار ثلثة ايام فالاقرار جائز ويبطل الشرط عيني (قوله لا يحتمله) لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل اختاره او لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه نهاية (قوله متصلا باقراره) اما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التأخير وقد عرف ذلك في الاصول ع (قوله عبارة الخ) لان معنى قوله له علي عشرة الا درهما معنى قوله تسعة ع (قوله وسواء استثنى الخ) وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لا تتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه ع

فيهما) وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ
وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث
المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدنانير ظاهر
والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب
بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى
من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا
فلا يصح قال (ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره (لا يلزمه الاقرار)
لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان
الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف
عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت
او اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا
لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا (ومن اقر بدار
واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء) لان البناء داخل في هذا الاقرار
معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان
نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا
منها لانه داخل فيه لفظا (ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال)
لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكأنه قال بياض هذه الارض لفلان
دون البناء بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له
لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار (ومن قال له علي الف درهم
من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت
فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك) قال رض هذا على وجوه احدها
هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما
كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه
وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره
به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول

(قوله اما ابطال او تعليق) وفي الجامع لقاضيخان رح قال ابو يوسف رح التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال وقال محمد رح تعليق بشرط لا يوقف عليه وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف رح لا يقع لانه ابطال وقال محمد رح يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق ويبقى الطلاق من غير شرط ك (قوله لا يحتمل الخ لان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذبا لفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه ينتفي به انه ليس مانع ما لم يوجد الشرط ك (قوله لانه في معنى بيان المدة اي من حيث العرف لان هذه الاشياء تذكر في العادة لبيان محل الاجل فاعتبر اقرارا بدين مؤجل ك (قوله فيكون اي ذكر هذه الاشياء منه تأجيلا اي دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة نتائج (قوله لان البناء الخ اي البناء داخل في لفظ الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا فلا يسقط والدليل على هذا فصل البيع فان البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري ك (قوله معنى لان اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا لان الدار اسم للعرصة والبناء وصف فيه والوصف يدخل تبعا لا مقصودا عيني (قوله تصرف اي يجعل الاستثناء الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء عيني (قوله بخلاف ما اذا قال الا ثلثها الخ (مقصودا) حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا الثلث من الدار وما عدا البيت لان البيت في لفظ الدار دخل مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن ك (قوله عن البقعة دون البناء ان العرصة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم نتائج

قوله وحكمه ان لا يلزم الخ وفي هذا التفاوت بين كون العبد بيد المقر او بيد المقر له فانه اذا كان في يد
المقر أحد العبد ع (قوله اقر بوجوب الخ يعني ان قوله لفلان علي الف درهم اقرار بوجوب المال عليه
وقوله من ثمن متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب عيني (قوله وبه لا يتأكد الخ اي بمجرد وجود السبب
وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما
هلك المبيع في يد البائع فيسقط ﴿ ١٧١ ﴾ الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمدعي اي الذي
هو المقر له يدعي قبض المبيع والمقر ينكره فيكون القول قوله ع (قوله قلنا الخ جواب عن قياسهما على مسئلة الاستثناء بالمشيئة فيه ان المصنف قال في المسئلة الاتية ان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق وقد بينا هناك ان المذكور في بعض الكتب المعتبرة ان الاول مذهب ابي يوسف والثاني مذهب محمد وفي بعضها ان الامر بالعكس فحينئذ كان لا يكون هذا الجواب صحيحا على من قال منهما يكون ذلك ابطالا ويمكن ان يجاب بان الجواب المذكور ههنا من قبل ابي حنيفة مصير اليه الزاميا بالنسبة الى من قال من صاحبيه يكون الاستثناء بمشيئة الله تعالى تعليقا وتحقيقيا بالنسبة الى من قال منهما يكون ذلك ابطالا ولا يجب ان يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل احد منهما نتائج (قوله ذلك تعليق اي قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب

المصدق. قلت ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا اعني العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك وانما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر منكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر منكر فاذا تحالفا بطل المال وهو قد اداه ذكر

عند ابي حنيفة (وان قال من ثمن عبد اشتريته ولم يقبضه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل) لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير العين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاف توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا (ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله) بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال (وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير) ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير (لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل ام فصل) لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب (وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء) لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال (ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا

التغيير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرجوع ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال لانه رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح وصل ام فصل ك (قوله هي زيوف جمع زيف وهو الذي يقبله التجار ويرده بيت المال عيني

(قوله اذا قال هي ستوقة الخ فلا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل وعندهما يصدق ان وصل ك (قوله الا انها اى كل عشرة منها وزن خمسة مثاقيل او ستة وينقص بذلك من الوزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا عيني (قوله لما بينا اشارة به الى قوله مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب عيني (قوله بخلاف ما اذا قال الخ اى فانه قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة ضد الجودة

الالف اذا قال من ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لما ذكرنا ولهما ان هذا بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناؤه لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها (ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم (ولو قال اغتصبت منه الفا او اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل) لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) لان هذا استثناء المقدار (والاستثناء)

فهي صفتان تتقابلان على موضع واحد اجاب عنه بقوله بخلاف الخ (قوله فانصرف مطلقه فتجب الجيادة عليه ثم دعوى الزيافة لا تقبل لانه رجوع عما اقر به عيني (قوله وقيل لا يصدق قائل هذا القول هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير اى لا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل واما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل نتائج (قوله الى العقود اى الى الالتزام بطريق التجارة لكونه مشروعة مل (قوله فلا مقتضى له اى لواحد من الغصب والايداع في الجيد بخلاف البيع فان عقد المعاوضة يقتضيها ولا تعامل اى لا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الالف او ايداعها مغيرا الاول فلا يعد رجوعا نتائج (قوله انه لا يصدق اى اذا قال غصبته ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض ك (قوله اذ القبض فيهما اى في الغصب والقرض لان القرض على رواية الاصل مثل البيع وفي البيع لا يصدق مفصولا فكذا في القرض والغصب مثل القرض لانه انما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه ايضا ك (قوله مجازا المشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة ك

والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيادة لانها وصف والاستثناء في الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كالاستثناء ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه (ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله) لان الغصب لا يختص بالسليم (ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن) والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول للمنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذت منك الف درهم وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنا على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا (وان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه ياخذها) لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر (ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله) وهذا عند ابي حنيفة (وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الذي اخذ منه الدابة او الثوب) وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان (ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) وجه القياس ما بيناه في الوديعة ووجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان

(قوله واللفظ يتناول) اي لفظ المستثنى منه يتناول المقدار اي جرمه دون الوصف والاستثناء تصرف لفظي (قوله فهو واصل) لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير وقد يذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عذرا ع (قوله فهو ضامن) يعني كان القول في هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه والمقر ضامن الا ان ينكل المقر له عن يمين نه ثج (قوله اقر بسبب الضمان وهو الاخذ) ودلالة كون الاخذ سببا للضمان قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل وقوله وديعة رجوع عما اقر به لانه دعوى الابراء فلا يصدق بدون البينة كدعوى المشتري باجل الثمن بعد ما اقر به والبائع يدعي معجلا فان قيل ينبغي ان يصدق ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان علي الف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجبه الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الوديعة وبقوله وديعة يكون دعوى مبتدأ لا بيان ما احتمله صدر الكلام واما قوله لفلان علي الف يحتمل الوديعة بمعنى على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا ك (قوله فلا يظهر الخ) لان الثابت ضرورة عدم في غير موضعها ك (قوله القول قول الذي اخذ الخ) هذا كله اذا لم يكن الدابة والثوب معروفا انه للمقر اما لو كان الثوب معروفا انه للمقر او الدابة او الدار فقال فلان بعينه فكان القول قول المقر في قولهم لان الملك فيه معروف للمقر ك (قوله الاعارة والاسكان) بان قال اعرتك داري هذه ثم رددت علي او اسكنتك داري هذه ثم رددت علي وقال الآخر الدار داري ك (قوله في الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ان القول هنا قول المقر له بالاجماع ع (قوله ما بيناه في الوديعة) اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكره والقول للمنكر ع

(قوله في كيفيته أي في كيفية ثبوت اليد لأنه بأي طريق كان عاينه (قوله من غير صنعه كاللقطة ... في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها وكذا إذا هبت ريح فألقت ثوبا في دار إنسان ع (قوله ... مدار الفرق الخ إشارة إلى الرد على الإمام التمرتاشي فإنه ذكر أن الرد إنما وجب في مسئلة الوديعة لأنه أقر ... أخذ ثيابه منه فيجب رده وهو الأخذ الردود قال في الإجارة وأختيها أي العارية والإسكان فرده عن ... الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع ع (قوله لأنه ذكر الخ

أي الإمام محمد ذكر ...

اليد فيها مقصود والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بثبوت يده من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لأنه قال فيه كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال أودعته كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاها لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الإجارة في كتاب الإقرار أيضا وهو أيضا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك إنما يكون بقبض مضمون فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأمري فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد إنما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لأنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هنا

﴿ باب إقرار المريض ﴾

وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء

الإقرار بفعل الأخذ في الإجارة وأختيها أيضا وأنه الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب ع (قوله لأن الديون الخ هذا إذا أقر بقبض مثل الدين وقبض عين الدين إنما يكون بقبض مال مضمون فالإقرار بقبض مثل مضمون إقرار بسبب الضمان ع (قوله لأنه ما أقر باليد وإنما أقر بمجرد الفعل منه هذا احتراز عما إذا أقر الرجل أن فلانا ساكن في هذا البيت إذ ادعى فلان البيت فإنه يقضى به للساكن على المقر لأن الحكم يثبت اليد للساكن على المسكن وإقراره باليد لغيره حجة عليه وما ثبت بإقراره كالمعاين في حقه كذا في المبسوط ك (قوله بأسباب معلومة كما إذا استقرض ... في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال إليه أو اشترى شيئا وعاين الشهود قبض المبيع أو استأجر شيئا بمعاينة الشهود أو تزوج امرأة بمهر مثلها وعاين الشهود النكاح ك

(قوله لاستواء سببهما الخ ... الدليل مساواة دين المرض ... الإقرار ... ثبت بالإقرار في الصحة ... مساوات ... ثابت بالمعاينة أيضا ... في عدم التأثير ... بين ديمث ... في نتائج الأفكار (قوله عن عقل ودين وإنما تعرض لهذين الوصفين لأن العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب في أخباره والإقرار إخبار عن الواجب في ذمته فلا يكذب في إقراره لوجودهما فلا فرق بين الوصفين في المقر ... بين أن يكون المقر صحيحا أو مريضا بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق لأن المرض حالة التوبة والإنابة ...

(قوله وبهذا الخ) هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو اضعف الحقين فلان يمنع اذا تعلق به حق الغريم وهو اقوى اولى ع (قوله بخلاف النكاح الخ جواب عما استشهد به الشافعي رح من امر النكاح والمبايعة ع (قوله لانه من الحوائج الاصلية فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء او جوارى او هو شيخ كبير

ويمنع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالة المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة الاطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال (واذا قضيت) يعني الديون المقدمة (وفضل شيء يصرف الى ما أقر به في حالة المرض) لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال (وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير (وكان المقر له اولى من الورثة) لقول عمر اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح الا أن يصدقه فيه بقية ورثته) وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم

لا يرى لمثله عادة وتزوج آيسة فلما النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان اتصل بما لا يرتفق عادة يبقى الامر عليها ك (قوله وهو بمهر المثل يجوز أن تكون حالية في أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (قوله وهذه حالة عجز فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره ع (قوله وانما تقدم الخ ثم ان الدين المذكور اذا تقدم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي اشكال في تقديم الديون المعروفة الاسباب عليه فقال وانما تقدم الخ نتائج (قوله وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء اي من غرماء المرض ما يكون

لهم اسباب المعروفة لان حق الكل في التعلق بماله على اعتبار المرض على السواء ك

(قوله وكان المقر له اولى فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام الثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر اجيب بان ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك ع

(قوله لحاجته ايضا فانه محتاج الى ابقاء نسله فلا يحجر عليه الورثة فيما لا يستغنى عنه الانسان في ابقائه
(قوله وان اقر لاجنبي الخ كانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان
نتائج (قوله كان له التصرف الخ فان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكل ما اقر به من ...
محل التصرف اى ثلث ما بعده ع (قوله لم يبطل اقراره لها فيقيد بالاقرار لانه لو وهب لها او اوصى
لها بوصية ثم تزوجها فبطل لان

يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته اليه ثم في الاستحقاق من بعده الا اذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال (واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله) والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له ان يتصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال (ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثه منه) لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

(فصل) (ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية (ويشارك الورثة في الميراث) لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الا ان يصدقها الزوج) لان الحق له (او تشهد بولادته قابلة) لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه

ذا تمليك بعد الموت وهي وارثة ح ك (قوله لقيام العدة اشار بهذا الى ان وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة واما اذا كان موته بعد انقضائها فاقراره لها جائز نتائج (قوله مما يلزمه خاصة قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعلى المولود له رزقهن ولان مؤنة الولد على الاب خاصة فيكون اقرارا به على نفسه فيقبل من غير تصديق الام ك (قوله بالوالدين والولد الخ اى اذا صدقوه الا الولد اذا كان صغيرا في يده ك (قوله اقرار المرأة بالوالدين الخ لا مانع من صحة اقرارها بالوالدة اذ ليس فيه الزام النسب على الغير فيصح لكن الكلام في تصديقها فانه يصح في حال وهو ما اذا لم تكن ذات زوج ولا يصح في حال وهو ما اذا كان لها زوج فثبت ان اقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقا وتصديقها لا يصح في حال دون حال ومثل هذا لا يعد تناقضا ك (قوله او تشهد بولادته قابلة اذ الفرض ان الفراش قائم فيصح اى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة ع (قوله ولا بد من تصديق هؤلاء لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ التصرف وهو الاقرار على تصديقهم كاكي (قوله لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بالموت بعد الموت وهي من آثار النكاح الا ترى انه تغسله بعد الموت لقيام النكاح ع

(وعمل)

قوله يستند الى اول الاقرار والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث معدوم نتائج (قوله لان الاستيفاء اي استيفاء الدين بقبض مضمون تمامه ان الديون تقضى بامثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا نتائج (قوله كما هو المذهب عندنا خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين ك (قوله غاية الامر الخ جواب سؤال مقدر تقريره ان جميع الدين كان مشتركا بينهما

وعند ابي حنيفة لا يصح لان النكاح ينقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال (ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب) لان فيه حمل النسب على الغير (فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له) لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه في حكمها حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال (ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه) لما بينا (ويشاركه في الميراث) لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون) لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

قال (الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى

فكذلك كل جزء منه فلان انكر نصف الهالك لم ينكر الاشتراك في شيء من اجزائه والابن المقر وان زعم ان بعض اجزائه هالك الا انه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فينبغي ان يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فاجاب بانهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لا يرجع على القابض بشيء اذ لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم بقدر ذلك على زعمه ان اباه لم يقبض شيئا من الغريم فيتم الخمسين بسبب سابق ويرجع الغريم ايضا على المقر بقدر ذلك لانتقاض القبض في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور نتائج (قوله كتاب الصلح وهو المسالمة في ارادة بعد الاقرار او انكار المقر حسب الخصومة وهي تستدعي الصلح وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وشرطه العقل لا البلوغ والحرية وكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال كالقصاص مجمع الانهر (قوله وهو ان لا يقر الخ ايماء الى ان المراد بالسكوت ههنا السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت هو ان لا يتكلم اصلا بتابع الانكار

(قوله لما روينا قلت كان الاظهر ان يقول الآخر ما روينا لان اوله حجة عليه لا له نتائج (قوله حراما ...
الامثلان المدعى عليه منكر ولم يثبت حق المدعي بالبينة فيكون عليه حراما مل (قوله واول ما ر...
اقول هذا ليس بصحيح لان آخر الحديث مستثنى من اوله وقد تقرر في علم اصول الفقه ان ليس لاول الكلا...
في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان ...
بان (قوله وتأويل آخره احل حراما الخ متصل من ﴿ ١٧٨ ﴾ حيث المعنى بقوله واول ما ر...

عليه ولا منكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما رويناه وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال (وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما (فيجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل) لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة قال (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) قال معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه يأخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه

فحاصل الكلام ان لنا اول ما رويناه مع تأويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل نتائج (قوله لانها هي المفضية الخ لانه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دينا في الذمة الا موصوفا مؤجلا كما في السلم ك (قوله دون جهالة المصالح عنه كما يقول السفير بين المتخاصمين كل دعوى لك على فلان صالحة على هذا المقدار عيني (قوله بمنافع اى اذا كان البدل المنافع بان كان على رجل عشرة دراهم فصالح من ذلك على منفعة الدار سنة او ركوب الدابة سنة ونحو ذلك مل (قوله والاعتبار في العقود لمعانيها ولهذا كان البيع بالتعاطي صحيحا وكان الهبة بشرط العوض بيعا وكانت الحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة عيني (قوله لانه يأخذها على اصل حقه ان يدفعها في يمينه ومسلك كما كانت ك (قوله فيلزمه الشفعة الخ فصار (عصمة)
كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو منكر فيجب فيها الشفعة مل (قوله الكلام على حذف المضاف اى في بيع البياعات والبياعه بالكسر متاع وكالاى فروختني كذا في منتهى الارب دوزن بيك مرده ركي ازان صره است مر ديكر برا من اشارة الى قوله لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه

(قوله غير مشتمل على غرضه لأن غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها ك (قوله فيسترده كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل لغرض دفعه إلى رب الدين ثم أدى بنفسه قبل أداء الكفيل فإنه يسترده لعدم اشتماله على غرضه عيني (قوله رد حصته أي رد المدعي حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أي في أصل الدعوى أما رجوعه فلأنه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده وأما رد الحصة فلخلو الخ ع (قوله ﴿١٧٩﴾ لأنه مبادلة لأن المدعي إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم

عنه ذلك من العوض) لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض) لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وإن استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة وإن استحق بعضه رجع بحصته وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال (وإن ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي) بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما نبينه في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه أحد الأمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

(فصل) (والصلح جائز عن دعوى الأموال) لأنه في معنى البيع على ما مر (والمنافع) لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن قال (ويصح عن جناية العمد والخطأ) أما الأول فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما إنها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى إن ما صلح مسمى فيه صلح هنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لأنه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل

فيرجع بمبدله كما في البيع عيني (قوله هو الدعوى لأن المدعي ما ترك الدعوى إلا ليسلم له البدل فإذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى زيلعي (قوله في الفصلين أي فصل الإقرار والإنكار فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك بالمدعى وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى عيني (قوله أو يلحق به الخ فإن الإبراء عن الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذه العين يصح الإبراء حتى لو ادعى بعد ذلك لا يسمع ك (قوله فصل لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز نتائج (قوله والمنافع أي والصلح أيضا يجوز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث أو أقر به وصالحه على شيء جاز لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة فكذا بالصلح عيني (قوله يجب حمله الخ أورد لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز ك. ص وجوابه فإنه كيف حمل مثله على شيء من العقود غير ظاهر نتائج (قوله أي في مال القاتل لأن بدل الصلح لا يتحمله العاقلة لوجوبه بعقده ع (قوله لأنه لا يجب الخ يعني لما لم يسم مالا متقوما في الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواء فبقي مطلق العفو عن القصاص وفي ذلك لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر في الصلح ك

في القصاص لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه عملا وبه علل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والذكر لا تبطل بنفس حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال (ولا يجوز الصلح من دعوى حد) لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض من حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لقطع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال (وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة

(قوله لانه الموجب الاصلي الخ وتحقيقه ان المهر من ضرورات عقد النكاح فان ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كانه لم يسم مهرا فوجب مهر المثل واما الصلح فليس من ضرورات وجوب المال فانه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء فهذه سقط لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على مال لا الصلح بدلا عفو فمن له ان يصح ان وجوبه ليس من ضروراته ع (قوله في اطلاق جواب الكتاب هو قوله ويصح عن جناية العمد الخ عيني (قوله بخلاف الصلح عن حق الشفعة الخ وان صالح الشفيع على ان يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري عيني (قوله لا حق الخ اي لا حق للشفيع في الدار المشتراة قبل ان يأخذه بالشفعة اصلا واخذ البدل استبدال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام عيني (قوله في حق المحل اي ليس هو مالكا من كل وجه بل في حق الاستيفاء فقط ولهذا لو قتل احد القاتل ليس للولي ان يطالبه بشيء مل (قوله فيصح الاعتياض عنه لانه اعتياض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا عيني (قوله مقادير الدية اي انواع الدية كالابل والذهب والفضة عيني (قوله لو قضى القاضي الخ صورته ان يقضي القاضي بالف دينار وصالح على خمسة عشر الف درهم جاز لانه مبادلة خمسة عشر الف درهما بالف دينار مل (قوله بمنزلة القضاء ولو قضى القاضي باحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا ع (قوله واحد الخ قيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان اعتياض الامام عن الشركة العامة جائز عيني (قوله وكان في معنى الخلع لان اخذ المال عن ترك النكاح خلع عيني (قوله ان يجعل زيادة الخ كانه زاد في مهرها ثم خلعه على اصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كافي (قوله لا يعطي الخ اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي يسلم لها نفسها بتخلص عن الزوج ك

(وان)

(قوله وإن لم يجعل الخ) أي إن لم يجعل فرقة فالمال على ما كانت عليه قبل الدعوى وتكون هي على نكاحها فلا يكون ما أخذته عوضا عن شيء فلا يجوز لأنه رشوة محضة من غير دفع خصومة ويلزمها رده (قوله على هذا الوجه) لأنه أقرب العقود إليه شبها بالعتق على مال فيجعل في معناه عيني (قوله ولهذا يصح) متصل بقوله وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال من (قوله يصح على الخ) ولو كان مبادلة لما صح ألا ترى أنه لا يصح السلم في الحيوان أما

وإن لم يجعل فالمال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال (وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال) لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن تقوم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال (وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالأجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه فكذا استخلاصا وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس بخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا أو ترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة قال (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر والفرق لأبي حنيفة أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها (وإن صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل

﴿ باب التبرع بالصلح والتوكيل به ﴾

الإعتاق على حيوان فصحيح فعلم أنه بطريق الإعتاق على مال عيني (قوله ويثبت الولاء) لأنه صالحه على مال بعد كونه عبدا له فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مال فيثبت الولاء عيني (قوله بيعا) أي من حيث البيع فإنه لا يملك التصرف فيه بإجازة مل (قوله وصار كالأجنبي) أي صار العبد المأذون له كالأجنبي في حق نفسه لأن نفسه مال المولى والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بغير إذنه لا يجوز فكذا هذا عيني (قوله فيملكه) بخلاف نفسه فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح عيني (قوله ثوبا يهوديا) هكذا وضع المسئلة في الجامع وأما وضع المسئلة في الأصل ففي العبد ويهود كورة ينسب إليها الثياب كذا في النهاية ونقل العيني عن الأكمل أن لفظ يهوديا ليس موضع ينسب إليه الثوب المعلوم القيمة مل (قوله ولأبي حنيفة الخ) هو توجيه ثان لأبي حنيفة وهو أن حق المالك في مثل المغصوب صورة ومعنى وإيجاب الثوب والحيوان ممكن في الذمة كما في النكاح والدية وإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له ومن عليه عن رعاية المماثلة فأما الأصل ورعاية في إيجاب المثل لأن الله تعالى عالم بذلك ما لم يقض القاضي بالقيمة بقي المثل واجبا في الذمة فقبل قضاء القاضي بالقيمة إذا تراضيا على الأكثر كان بدل الصلح عوضا عن ملكه أو عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربا كما إذا كان العبد أو الثوب قائما ك

(قوله ما صالح عنه) اى عوض ما صالح عليه وهو المصالح عليه (قوله لازم للموكل) اى على الموكل كما في قوله وان اسأتم فلها اى عليها ح (قوله اذا كان الصلح الخ) هذا انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع ونحوهما

نتائج (قوله فهو بمنزلة البيع) هذا اذا كان الصلح عن اقرار واما اذا كان الصلح عن انكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل في شيء ل (قوله بطريق الاسقاط) اى اسقاط المدعى عن المدعى عليه والمسقط يكون متلاشيا فلا يثبت له شيء ك (قوله بين ما اذا كان الخ) اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شيء عليه وزعم المدعى لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فلان المصالح كان يستحق ان يصير مشتريا ما في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان العين يصح شراؤه من المالك وان كان في يد غيره واما شراء الدين من صاحبه لا يجوز لانه يصير تمليك الدين من غير من عليه الدين مل

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال (وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح) لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء والمدعى عليه فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك اذا قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على الف وسلمها) لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل) لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه آخر وهو ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

(قوله ولو استحق العبد) اى الذي صالحه عليه في هذه الصورة (قوله يجبر على (در) التسليم) اى يجبر المصالح على تسليم الدراهم اذا ضمنها بخلاف ما اذا لم يضمن حيث لا يجبر عيني (قوله باب الصلح في الدين) لما ذكر الصلح من عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم صلح خاص من الدعوى وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدا ما يكون بعد العموم نهايه

(قوله وكل شيء وقع عليه الخ صورته باع ثوبا معيبا مثلا بعشرة دراهم وافترقا من غير قبض الدراهم من غير ذكر الاجل ثم تصالحا على خمسة دراهم فانه يجوز وان افترقا من غير قبض بدل الصلح الذي هو خمسة دراهم لان هذا الصلح محمول على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وانما قيدنا بقولنا من غير ذكر الاجل فانه لو كانت له الف مؤجل فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز على ما يجيء في الكتاب وانما حمل هذا على الاسقاط دون المبادلة لان مبادلة العشرة بالخمسة لا يجوز فيكون مسقطا بعض الحق بغير عوض وذلك صحيح مع ترك القبض فيما بقي (قوله وهو مستحق الخ يعني ما وقع عليه الصلح وهو بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بالعقد الذي جرى بينهما بطريق المداينة وانما قال وهو مستحق بعقد المداينة والحكم في الغصب والاتلاف كذلك لان الاصل هو الواجب بالسبب المشروع فلذلك وضع المسئلة فيه مل (قوله على خمسمائة زيوف حالة او مؤجلة جاز فيجعل مسقطا للقدر والصفة ومستوفيا بعض حقه او مؤخرا لان من استحق الجياد يستحق الزيوف تبيين (قوله غير مستحقة لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تاجيل تبيين (قوله فلا يمكن حمله على التأخير لان حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير عيني (قوله بكلمة على الخ الا في

قال (وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه ابرأه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية (ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكأنه اجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح قال (ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز) لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم قال (ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ به

بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة عن للمقابلة كما في قولك بعت هذا بهذا فلمس حيث ذكر اداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة نتائج (قوله والاداء لا يصلح الخ لانه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر للابراء عوضا سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيئا فصار وجوده كعدمه فحصل الابراء مطلقا تبيين

(قوله اولانه متعارف الاقرب ان يكون قوله لانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيح لتصرفه وان كان الظاهر من كلام اكثر الشراح ان يكون معطوفا على قوله لوجود الخ فمعنى كلام المصنف فيحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل اولان مثل هذا الشرط في حق متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيح لتصرفه وقوله اولانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز فيهما

بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه اولانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال ادالي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الى خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخر عني او تحط عني ففعل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

(فصـــــل) في الدين المشترك (واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه

(الدين)

(قوله والابراء الخ هذا جواب عما يقال ان تعليق الابراء بالشرط مثل ان يقول لغريم اوكفيل اذا اديت او متى اديت الى خمسمائة فانت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف يكون جائزا هنا (قوله مما يتقيد الخ التفاوت بين المقيد بالشرط والمعلق به ان البراءة في صورة التقييد موجودة ولا كذلك في التعليق لان المعلق بالشرط لا وجود له قبل وجود الشرط اما المقيد موجود الا انه اذا لم يوجد الشرط ينعدم والبراءة ههنا موجودة ولهذا لا يتمكن من مطالبة الالف في اليوم والغد الا انه اذا انعدم الشرط ينعدم كذلك (قوله وان كان لا يتعلق به الفرق بين التقييد بالشرط والتعليق به ثابت لفظا ومعنى اما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك واما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضة ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضة ان يثبت عند وجود الشرط ع (قوله كالحوالة فانها براءة ثابتة في الحال مقيدة بشرط اداء المحتال عليه وليست معلقة عليه حتى ما بقي حق المطالبة مادام المحتال عليه حيا من المحيل ولو لم يوجد الشرط ومات المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل مل

الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة في حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فإذا عرفت هذا نقول في مسألة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك قال (ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملاً لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب المبيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشاركه لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما

(قوله إلا أن يضمن له الخ) استثناء من قوله فشريكه بالخيار يعني إذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين للشريك الغير المصالح الخيار لأن حقه في الدين ولا يكون له سبيل في الثوب عيني (قوله لأنه ازداد) أي لأن الدين قبل القبض وصف شرعي وبعد القبض صار عيناً منتفعاً فإذا لم يتصرف فيه فقد ازداد خيراً بسبب كونه مقبوضاً أو مفرزاً عيني (قوله ولكنه قبل الخ) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كالثمر والولد ينبغي أن لا يجوز تصرف القابض قبل أن يختار الشريك مشاركته كما في الثمر والولد لا يجوز التصرف بغير إذن الآخر عيني (قوله كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة بأن دفع اثنان عبدين لكل واحد منهما عبد وباعا صفقة واحدة فيكون ثمنهما على الاشتراك وإن اختص كل واحد من العبدين بأحدهما (قوله نصف الثوب) ونصف الثوب قدر ربع الدين لأن الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب قدر نصف الدين ونصف النصف ربع لا محالة عيني (قوله لما قلنا) من أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض عيني (قوله كان لشريكه الخ) بيان هذا أن أحد ربّ الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على من اشترى سلعة مثله وجب له في ذمة المديون فالتقيا قصاصاً فصار كأنه قبض نصف الدين فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا عيني (قوله بخلاف الصلح) يعني ما إذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلاً حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع إليه نصف الثوب وإن شاء دفع إليه ربع الدين عيني (قوله فيتخير القابض) أي بين أن يدفع نصف المصالح عليه أو ربع الدين ك

(قوله يؤدي الى قسمة الدين الخ) قلنا ان هذا قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر
في الوصف والحكم اما في الوصف فلانه يقال لاحد النصيبين حال وللآخر مؤجل واما في الحكم فلان له
ان يطالب المديون بنصيبه في الحال وللمؤخر لا والقسمة ليست الا ان يصير احد النصيبين ممتازا عن
وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لان القسمة تمييز وما في الذمة لا يتصور فيه التمييز ولان في القسمة
كل واحد منهما نصيبه من شريكه عوضا

لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا او اشترى
شراء فاسدا او هلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق
عند محمد خلافا لابي يوسف والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا
الصلح عليه عن جناية العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح
احدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال
احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين
في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا
لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه
لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك
فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا
قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

(فصل في التخارج)

قال (واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم
منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا)
لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد
الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال (وان كانت التركة
فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فكذلك) لانه بيع الجنس بخلاف الجنس
فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في
يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب
عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب
عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة
او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون
نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازا عن الربوا ولا بد من
التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان
بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير

عما يملكه عليه وتمليك
الدين من غير من عليه
الدين لا يجوز لان في ذلك
نقلا للوصف من محل الى محل
آخر قصدا والانتقال على
الاوصاف محال والدين وصف
شرعي في الذمة يظهر اثره
عند المطالبة والفرق
لابي حنيفة ومحمد بين الابراء
المؤقت والمؤبد حيث قالوا
بصحة الابراء هو انه لا يبقى
نصيبه بعد الابراء اصلا
والقسمة انما تكون مع بقاء
نصيب كل واحد منهما وفي
التأخير بقي نصيب كل واحد
منهما في اصل الدين على
حاله حتى ان الآخر اذا قبض
نصيبه ثم حل الاجل كان
للمؤخر ان يشاركه
في المقبوض ويكون ما بقي
مشتركا بينهما ك (قوله
فهو قبض) لان ضمان الهلاك
قصاص بقدره من الدين
وهو آخر الدينين فيعتبر
قضاء الاول فكانه قبض نصيبه
من الدين المشترك فللآخر
ان يرجع عليه بربع الدين
مل (قوله والاستئجار الخ)
اي ان استأجر احدهما
من المديون دارا بنصيبه
من الدين وقبض كان للساكت ان يضمنه ربع الدين عيني (قوله وكذا الاحراق اي لو
احرق احدهما ثوب المديون وهو يساوي نصيب المحرق وهو نصف الدين فعند محمد رح هذا قبض
حتى يثبت للساكت ان يطالب بربع الدين لان الاحراق اتلاف مال مضمون كالغصب فيصير
المحرق مقتضيا وقال ابو يوسف لا يرجع عليه بشيء لانه متلف نصيبه بما صنع عيني

وفي الصحيح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى
خلاف الجنس كما في البيع لكن بشرط التقابض للصرف قال (واذا كان في
تركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون
الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح
(فان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز)
لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى
ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان
يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفائه
من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على
المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت
التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ
المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه
في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة
لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا
ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي
في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه
وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف
فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع
من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله
عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع
الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة
وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه
لتملكه جزءا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب

(قوله والصلح باطل) اي في الكل في الدين والعين جميعا اما في حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير
من عليه الدين واما في حصة العين فلان الصلح لما فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين ايضا لاتحاد
الصفقة ك (قوله لان فيه) اي لان المصالح يصير مملكا نصيبه من الدين من سائر الورثة بما يأخذ منهم من العين كافي
(قوله وقيل يجوز) ع وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني رح فقال يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة
من جنس بدل الصلح وان كان
فيحتمل ان يكون نصيبه
اقل من بدل الصلح فكان
القول بعدم الجواز مؤديا
الى اعتبار شبهة الشبهة
وهي ساقطة الاعتبار وفي
فتاوى قاضي خان رح
والصحيح ما قاله الفقيه ابو
جعفر رح لان الثابت ههنا
شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر
(قوله لانها لا تفضي الخ)
وبعض الجهالة غير مانعة
لجواز البيع بل الجهالة
المفضية الى المنازعة
مانعة الا ترى انه لو باع قفيزا
من صبرة يجوز البيع مع
الجهالة ولو كان بعض
التركة في يد المصالح ولا
يعرفون مقداره لا يجوز
لانه يحتاج الى التسليم
فيفضي الى المنازعة ك
(قوله لا تجوز الخ) وجه
الاستحسان ان الدين يمنع
تملك الوارث اذ ما من ميت
الا وهو مشغول بالدين فلا
يجوز القسمة قبل قضائه
ووجه القياس ان التركة
لا تخلو عن قليل الدين
فنقسم دفعا للضرر عن الورثة
ع (قوله كتاب المضاربة)
في الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر وركنها الايجاب والقبول
كما اذا قال رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة بالنصف ويقول المضارب قبلت او ما يؤدي
هذا المعنى وشرطها ان يكون رأس المال من الاثمان فلا يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة وسببه
تعلق ابقاء المقدور تبعا بتعاطيها وحكمه الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح ع

العمل امره قبله واذا صار كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره

(المضاربة عقد يقع على الشركة بمال من احد الجانبين) ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها الاترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رح لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض

قال (ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح) لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال (فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله) لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فيقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب

قال (ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه) لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد

(قوله الا بالمال الذي الخ) فان يكون رأس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف او فلوسا رائجة عند محمد حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا تجوز اجماعا (قوله جاز) وقال ... لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا انه وكله ببيع العروض اولا ... من نفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه ... من حيث انه توكيل الخ صورة اضافة التوكيل الى المستقبل ان يقول وكلتك بان تبيع عبدي هذا غدا فانه يصير وكيلا غدا او بعده ولا يصير وكيلا قبل الغد وصورة اضافة الاجارة ان يقول آجرتك داري غدا فان الاجارة تنعقد عند مجئ الغد لا قبل مجيئه (قوله في البيوع) اي في باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة لا من كتاب البيوع وهو قوله قال ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد اي آمره (قوله فان شرط الخ) الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع المقصود بالمسئلة الاولى بيان ان عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب اجر المثل للعامل فكانه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب اجر المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في مسئلة ... الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف ان لا يغير المسئلة التي اخذها من الجامع الصغير او من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بان قال في تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ... (قوله اعتبارا الخ) فاذا لم يجب شئ في الصحيحة اذا لم يربح ففي الفاسدة اولى ان لا يجب عيني

يخلص المال للمضارب ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فشرط خلوص اليد لأحدهما يعدم الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتعاقدين وصيين وأحد شريكي عنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال

(وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر به لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكل به إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة

(قوله لم ينعقد العقد) لانها انعقدت على العمل بيد المضارب فمتى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد اصلا عيني (قوله كالصغير) صورته ان الاب او الوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير لا يجوز لان الصغير اذا كان مالكا كانت يده على المال كالكبير فبقاء يده يمنع كونه مسلما الى المضارب ن (قوله كالمأذون) يدفع المال مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالكا فانه ولكن يد التصرف له ثابتة فنزل منزلة رب المال فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة (قوله بخلاف الاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط العمل بانفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز عيني (قوله مطلقة) وهو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك ع (قوله له ان يسافر الخ لان الظاهر ان صاحبه رضي به اذ الانسان لا يستقيم بدار الغربة دائما في العلم واعطاؤه المال مضاربة في هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه بالسفر الى بلده تبيين (قوله لان الشيء لا يتضمن الخ هذا بخلاف المستعير والمكاتب فانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا بحكم النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه ك (قوله لانه دونه اي لان حكمهما دون حكم المضاربة فتضمنه اي اذا كان كذلك فيتضمن حكم المضاربة حكم الايداع والابضاع عيني (قوله فلا يحصل به الخ لان المقروض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط او غيره وهذا بخلاف الايداع فان المضارب يملكه وان لم يحصل به الربح لان في الايداع حفظ المال وهو من صنيع التجار ك (قوله تحت هذا القول اي اعمل برأيك لان الشركة والخلط بماله من صنيع التجار فيملكهما المضارب بهذا القول ن

بعينه لم يجز له أن يجاوزها) لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره قال (فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه) لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب وهذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لأن فائدة الأول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك

(وكذلك إن وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه) لأنه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب

(قوله فائدة) وهي صيانة ماله عن خطر الطريق وصيانة ماله عن جناية المضارب حيث أمكنه ... الأسعار باختلاف البلدان والمضارب ما دام في المصر لا يستحق النفقة في مال المضاربة ك (قوله وكذا إذا) أي كذا يكون المضاربة على حالها إذا رد المضارب بعض المال إلى الموضع الذي عينه والحال أنه قد اشترى ببعض المال في المصر الذي عينه عيني (قوله واشترى ببعضه الخ) أي اشترى ببعضه في المصر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده إلى الذي عينه كان الخ ع (قوله على المضاربة)

وأما إذا اشترى ببعض المال في غير المصر وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف فيه في ذلك المقدار والباقي على المضاربة إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا ببعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي ع (قوله بنفس الإخراج) أي صار بنفس الإخراج متعديا ضامنا لكنه لا يتقرر إلا بالشراء في بلد آخر فإذا رجع قبل تقرره زال الضمان فبقي المال على ما كان تبيين (قوله وهذا) أشار بهذا إلى قوله وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه عيني (قوله إلا إذا صرح بالنهي) لأن الدلالة لا تعارض الصريح وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون إذنا بالتناول أما إذا صرح بالنهي لا يباح التناول ك (قوله أن يقول الخ) هذه ألفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل (قوله لأنه تفسير له) الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير ك (قوله لأن الفاء للوصل والتعقيب والذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسير له ك (قوله لأن الباء للإلصاق فيقتضي أن يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل وإنما يتحقق إلصاقه بالكوفة إذا عمل بها دون غيرها ك (قوله لأن الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره فاعتبر كلاما مبتدأ فيصير بمنزلة المشورة لأنه قال إن فعلت كذا كان أنفع ... قيل فلم لم يجعل واو الحال أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لأن العمل يكون بعد الأخذ لا حين الأخذ عيني

(المال)

(ولا يجوز للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها) لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف قال (وإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه) لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة) لأنه يصير مشتريا للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة (وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم) لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره (ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه) لأنه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا إخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فإذا صحت الدعوة ثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال

(قوله وضع لتحصيل الربح) في هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة فإن الوكيل بشراء عبد مطلقا له أن يشتري من يعتق على موكله ولم يكن مخالفا وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل مقيدا بأن يقول اشتر عبدا أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا (قوله كما إذا ورثه الخ) كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجها وابنا عتق نصيب الزوج من ابنه ولا يضمن لأحد لعدم الصنع منه (قوله ثم بلغت الخ) قيد بهذا القول لأنه إذا لم تزدد قيمته على ألف فدعوة المضارب باطلة لأنه لا يملك واحدا من الولد والأم لأن كلا منهما مشغول برأس المال وانتفى الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا ويضمن العقر وله أن يبيع الأم والولد لأنهما مال المضاربة عيني (قوله مستحق) أي في حق رب المال ولهذا إذا هلك أحدهما يأخذ رأس المال من الباقي ولو كان مجموعهما مقابلا برأس المال يكون منقسما عليهما فبهلاك أحدهما لا يجوز أخذ رأس المال من الباقي لأن رأس المال ح في حق الباقي هو حصة الباقي فلا يظهر الربح أي الزيادة في مقابل رأس المال إلا فيما زاد قيمته على رأس المال أعظمي (قوله إذا صار أعيانا) أي أجناسا مختلفة حقيقة أو حكما حتى لو كان أعيانا من جنس واحد كل عين يساوي رأس المال يظهر الربح ثم إذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوي ألفا ورأس المال ألف كان له ربح ألف حتى لو وهب لرجل ولد ابنه صح أما عند أبي حنيفة فالأجناس مختلفة لفحش التفاوت في المعاني الباطنة وعندهما كذلك إلا أن يرى القاضي الصلاح في الجمع أو يتراضيا على ذلك مع يجمع ك (قوله كذا هذا) فإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد ع

(قوله بالنسب والملك فصارت العلة ذات وصفين والملك آخرهما ثبوتا (قوله فيضاف الى الملك لانه ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا ع (قوله ولا صنع له فيه اى لا صنع للمضارب في ذلك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدي اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي فكان رب المال بالخيار ان شاء اعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه تبيين (قوله ظهر ان الجارية الخ وانما لم يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لانما يجب على الوقف

شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (ويسعى الغلام) لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويسعى في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء فظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على مامر

﴿ باب المضارب يضارب ﴾

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وقالا اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما

من خمس رأس المال وانه مقدم في استيفائه فكان تعينه لرأس المال اولى ولما صارت الجارية ربحا ملك نصفها الواجب على المضارب يصير ربحا بينهما فيكون بينهما ك قوله لا يستدعي صنعا لان ضمان التملك يرجع الى المحل فيستوي فيه التعدي وغيره كالمغصوب اذا انقلب على شئ مانالوه ك (قوله كما اذا استولد الخ كأن تزوج جارية اخيه فمات الاخ المولى وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ آخر فان الزوج يملكها من غير صنعه فيضمن نصيب شريكه عيني (قوله بخلاف ضمان الولد لانه ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد ك قوله الا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد الخ ر (قوله اذا كانت المضاربة الخ اطلق المضاربة ولم يبين ان المراد بها المضاربة الاولى او الثانية او كلاهما فالاولى والثانية اذا كانتا فاسدتين لم يضمن الاول ولا الثاني لو هلك المال في يده فان الاول ما اشرك الثاني في الربح بل الثاني اجير فيه وله اجر مثله (يضمن والمستأجر اذا استأجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة فعمل الاجير فلا ضمان على واحد منهما وكذا لو كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا وكذا اذا كان الاولى فاسدة والثانية جائزة صورة لان الاولى اذا كانت فاسدة فالربح كله لرب المال فبفساد الاولى تفسد الثانية ايضا فلا تفيد الثانية شركة في الربح والضمان انما يجب اذا ثبت للثاني شركة في الربح مل

ضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني فيعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط لانه ظهر انه ملكه الثاني وان ضمن من حين خالف بالدفع اى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث قال

(فاذا دفع رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك قدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف

(قوله بناء على اختلافهم الخ اذا اودع رجل وديعة واودع المودع عند آخر وهلك في يد الثاني لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كما في المضارب الثاني عند ابي حنيفة لا يضمن وعندهما يتخير رب المال ك (قوله ان شاء ضمن الاول اى ضمن المضارب الاول رأس المال لانه صار ضامنا بدفعه ماله الى غيره لا على الوجه الذي رضي به رب المال وان شاء ضمن الآمر لانه قبض ماله بغير اذنه وتصرف فيه مثل (قوله وكذا عنده اى كذا عند ابي حنيفة لكن يحتاج الى الفرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع فيقول (قوله يقبضه لمنفعته الخ لان على الاول حفظ الوديعة واذا دفع الى غيره يكون عاملا له بامره في القبض فينتقل عمله الى الاول فصار كانه حفظه بنفسه ولو هلك في يد الاول لا يجب الضمان فكذا اذا هلك في يد الثاني اما المضارب الثاني فعامل لنفسه في القبض لانه انما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه فلا ينتقل عمله الى الغير ك (قوله لانه عامل له اى لان المضارب الثاني عامل له لاجل المضارب الاول قيل في كلامه تناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول والجواب ان الجهة مختلفة لان الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره بسبب انه في الابتداء مودع وعمل المودع هو الحفظ للمودع فاندفع التناقض عنى (قوله كما في المودع اى مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب المودع ك (قوله في ضمن العقد اى العقد الذي بين الاول والثاني فان الثاني اعتمد والاول غره عيني (قوله يستحقه بملكه الخ لانه يستحقه برأس المال والملك في رأس المال حصل باداء الضمان مستندا عيني (قوله فلا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه من حيث انه لا ملك له فيتمكن الخبث فيه فيكون سبيله التصدق ك

(قوله وهو سبب الرجوع) أي الغرور في العقد سبب الرجوع وإنما قيد بالغرور في ضمن العقد لأن الغرور إذا لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق آمن وهو ليس بآمن فسلك فيه فقطع الطريق عليه قطاع الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه ك (قوله فصل) لما كان للمضاربة بعد ادخال عبد المضارب أو رب المال حكم غير ما ذكر أورده في فصل على حدة ع (قوله وإذا شرط الخ) هذه المسئلة تجانس الأولى من حيث اشتراط المضارب في الربح وتخالفها

الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه، وقد جعل رب المال نصف ما يرزق الله تعالى للأول ولم يرزق إلا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه أو قال له فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول) لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله) لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف.

(فصل) قال (وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له، واشتراط العمل إذن له، ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه، ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له، وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر، وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للغرماء، هذا إذا كان العاقد هو المولى، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف.

فصل في العزل والقسمة

قال (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لأنه توكيل على

من حيث ادخال عبد رب المال في استحقاق الربح فلذا فصلها بفصل (قوله ولعبد رب المال الخ) التقييد لعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل يدفع ما يتوهم أن يد العبد للمولى فيمنع التخلية فقال هو جائز أي سواء كان على العبد دين أو لم يكن لأن عبد رب المال في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر ولا يمنع التخلية لأن للعبد يدا معتبرة ك (قوله واشتراط العمل الخ) فيه خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله فيصح عيني (قوله يجوز بيع الخ) أما عند أبي حنيفة فلأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين وأما عندهما فلأن جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت عيني (قوله وإذا كان كذلك) أي إذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة وجواز بيع المولى منه إذا كان مأذونا له مديونا لم يكن أي اشتراط ثلث الربح لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه عيني (قوله فصل في العزل والقسمة) أي في عزل المضارب وقسمة الربح ولما فرغ عن تقديم بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد هذا لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق فضل الربح نتائج الأفكار

توكيل وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل (وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه (ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة (فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينض بالبيع قال (ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر) لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها) لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها قال (واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان

(قوله يبطل الوكالة) لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الامر كل ساعة عيني (قوله فقد مر) اي حكم بطلان الوكالة بموتهما او بموت احدهما من قبل اي في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فمل (قوله بطلت المضاربة) هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد مسلما وهو رب المال ورجع قبل ان يقضى بلحاقه فعل من البيع والشراء كان عقدهما المضاربة على ما شرط اما اذا لم يحصل قضاء القاضي بلحاقه بل عاد بعد ذلك مسلما فلا يوجب العزل ولا بطلان الاهلية واما بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل واما ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حنيفة كذا في المبسوط ك (قوله كتصرفه بنفسه) فلو تصرف رب المال في هذه الصورة كان تصرفه موقوفا عند ابي حنيفة لارتداده فكذا تصرف نائبه وهو المضارب عيني (قوله فالمضاربة على حالها) اي في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة لتعلق حق ورثته بماله او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال او هو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك فلهذا نفذ تصرفه ك (قوله ونحوها) اي نحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والمقبوض دنانير او على القلب ك (قوله واذا افترقا الخ) اي اذا افترق رب المال والمضارب والمراد من الافتراق فسخهما عقد المضاربة عيني (قوله كالاجر له) لانه استحق الربح بمقابلة عمله وقد سلم له بدل عمله وهو الربح فيجبر على اتمام عمله ومن اتمامه استيفاء ما وجب من الديون على الناس عيني (قوله والمراد منه الخ) فكان في الكلام استعارة وجوزها اشتباههما على النقل وانما فسره بذلك لان احل ربما يوهم ان رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك ع

(قوله لا تصح الخ لان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال ك (قوله وتبع له لعدم تصور
رأس المال بدونه وعدم تصوره بدون رأس المال ك (قوله كما اذا دفع اى رب المال اليه اى الى المضارب
مالا آخر اى للمضاربة غير المال الاول فانه لا يوجب انتقاض الاقتسام الاول عيني (قوله فصل الخ ذكر
فى هذا الفصل ما لم يذكره فى اول المضاربة من اعمال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية اعمال
المضارب بالاعادة ن (قوله

على المضارب) لانه امين (وان كان يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما فى يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شىء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال فى الثانى لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

﴿ فصل فيما يفعله المضارب ﴾

قال (ويجوز للمضارب ان يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشترى دابة للركوب وليس له ان يشترى سفينة للركوب وله ان يستكرى بها اعتبارا لعادة التجار وله ان يأذن لعبد المضاربة فى التجارة فى الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابى يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود

الى اجل لا يبيع التجار اليه قال فى النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه عن صنيع التجار (قوله سفينة للركوب قيد بقوله للركوب لان له شراء السفينة للبيع اذا لم يخص له رب المال التجارة فى شىء بعينه ك (قوله وله ان يستكرى بها اى السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة فى الطعام (قوله فى الرواية المشهورة احترز به عن رواية ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق العقد لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق ان المضارب شريك فى الربح والمأذون لا يصير شريكا فيه عيني (قوله فالمضارب اولى لان ولاية المضارب اعم لانه شريك فى الربح او بعرضه ان يصير شريكا ك (قوله لانه لا يملك الاقالة اى البيع بالنساء بعد الاقالة ولا يملك الاقالة ايضا عند ابى يوسف فلم يمكن ان يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها ك (قوله ولو احتال بالثمن اى لو قبل المضارب الحوالة على الاعسر من المشترى جاز ن (قوله وهو ما ذكرنا من البيع بالنقد والنسيئة والاذن لعبد المضاربة وتأخير الثمن والاحتيال عيني

(لانه

(قوله وهو ان دفع المال مضاربة او شركة الى غيره او خلط مالها بماله او بمال غيره مل (قوله وهو الاستدانة فان الاستدانة تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتنصيص عليه وعند التنصيص عليه تعتبر هذا التصرف نفسه فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة اذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فيكون المشترى بينهما نصفين والثمن عليهما نصفين ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما شرطا ك (قوله وما اشبه ذلك اى من انواع الاستدانة كما اذا اشترى سلعة باكثر من مال المضاربة وهو الالف مثلا كانت حصة الالف للمضاربة وما زاد فللمضارب ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لان الاستدانة نفذت عليه خاصة ك (قوله وما اشبه ذلك بان كان رأس المال الف درهم فليس له ان يشترى بالمكيل والموزون لانه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة عيني (قوله واخذ السفاتج في القاموس السفتجة ان تعطى مالا لاحد وللآخذ مال في بلد المعطى فيوفيه اياه ثمه فتستفيد امن الطريق وقد مر تحقيق لفظه في آخر كتاب الحوالة مل (قوله فان دفع الخ صورته انه دفع الى آخر الف درهم مضاربة بالنصف فدفع المضارب بضاعة الى رب المال بضاعة فدفع رب المال بها واشترى فهو على مالها عيني (قوله شيئا من الخ لا يتفاوت الحكم بين ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة او كله ك (قوله بضاعة فان قيل الابضاع هو ان يكون المال للمبضع والعمل من الآخر وليس للمبضع ههنا مال فكيف يتحقق الابضاع قلنا الابضاع هو البعث على وجه الاستعانة ورب المال يصلح معينا لانه اشفق الناس اليه تصرفا فيصح الاستعانة به عيني

استدانة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره ونحو ذلك من المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشترى بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال (ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة) وعن ابى يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال (فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصلح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا للمضارب فلو جوزناه يؤدى الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته

وركوبه) ومعناه شراء وكراء في المال وجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (ولو بقي

شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين

التجار (واما الدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال (واذا ربح اخذ رب المال ما انفق

من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه) لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال

(فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها وحملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر (وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار

(قوله ومعناه اي معنى كون ركوبه في المال شراء وكراء اي من حيث الشراء ومن حيث الكراء اراد ان المضارب في السفر له ان يركب اما بشراء دابة او بكرائها عيني (قوله وجه الفرق اي بين ما اذا عمل في المصر حيث لا نفقة له في مال المضاربة وبين ما اذا عمل في السفر حيث يجب فيه عيني (قوله لانتهاء الاستحقاق اي بالرجوع الى مصره كالحاج من الغير اذا بقي شيء من امتعته في بلد سفره رجوعه وكالمولى اذا بوأ امته مع زوجها بيتا ثم نقلها للخدمة وقد بقي من النفقة شيء كان للزوج ان يسترد ذلك منها ك (قوله وهو ما ذكرنا اراد الطعام والشراب والكسوة ونحوها على ما تقدم ك (قوله كالحجاز فان ارض الحجاز حارة يحتاج اهلها الى ترطيب ابدانهم بالدهن عيني (قوله اخذ رب المال الخ يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملا فيكون النفقة مصروفة الى الربح دون رأس المال فاذا استوفاه كان ما يبقى بينهما على ما شرطا ع (قوله زيادة في المالية الخ كالصبغ والقصر ونحوهما فانه يوجب زيادة في عين المتاع وكالحمل فانه يوجب زيادة في القيمة لان القيمة تختلف باختلاف الاماكن عيني (قوله على ما مر من قوله وشرع لا يملكه الا ان نص عليه رب المال وهو الاستدانة عيني (قوله وان صبغها احمر التخصيص بالحمرة لان السواد نقصان عند ابي حنيفة فاما سائر الالوان فمثل الحمرة ك (قوله على المضاربة حتى اذا كانت قيمة المتاع غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومائتين كان الالف للمضاربة (شريكا) ومائتا درهم للمضارب بمقابلة وهو الصبغ مثل (قوله ليس بعين مال قائم به اي بالثوب حتى يكون بازائه بعض الثمن فيكون جميع الثمن للمضاربة واما انه ليس بعين مال قائم به لانه في الحمل ظاهر واما في القصارة فلانه لا تزيد فيه شيئا ويبقى ابيض على ما كان اصله عيني

(قوله استطهه الخ يعني يتناول قوله اعمل برأيك للصبغ كما يتناول ذلك القول لخلطه اى المضاربة بمال نفسه ادب العبر ن (قوله برا قال محمد في السير الكبير البز عند اهل الكوفه ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والحرير عيني (قوله ويكون ربع الخ لان المضارب لما باع البز بالعين ظهر الربح بقدر الالف فيملك المضارب نصفه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار ربع العبد له وثلاثة ارباعه لرب المال فاذا ملك الثمن كان ما يخص الربع على المضارب وما يخص ثلثة ارباع على رب المال عيني (قوله هذا الذي ذكره اشارة الى قوله يغرم رب المال اى لا يغرم في الحال اذ الثمن في الحال كله على المضارب لانه هو العاقد ك (قوله وبينهم منافاة اى بين كون الشئ مضمونا وبين كونه امانة منافاة لانه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه امانة وهذا لا يجوز ك (قوله ويكون الخ اى يكون رأس المال جميع ما دفع رب المال الى المضارب وهو الفان وخمسمائة تبيين (قوله ويظهر ذلك اى جميع ما ذكر قبله وهو خروج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة وبقاء ثلثة ارباع العبد على المضاربة وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطا عيني (قوله لتغاير المقاصد اذ مقصوده وصوله الى الالف ومقصود المضارب وصوله في المبيع ك (قوله لانه اعتبر عدما لانه لم يزل العبد عن ملكه

ثم كما يصح استطهه قوله اعمل برأيك او بخلطه الخلطه فلا يضمنه (فصل آخر

قال (من كان معه الف بالنصف فاشترى به بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة) قال هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بما بين وخمسمائة على ما بينا فيكون عليه في الاخرة وهذا لانه لما نض المال ظهر الربح وله نصفه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال الفين وخمسمائة) لانه دفعه مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة (ولا يبيعه مرابحة الا على الالفين) لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف ففيه للمضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال (وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة) لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف ورب المال باعه من رب المال بالف ومائتين فانه يبيعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال (فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا قيمته الفان ظهر الربح وهو الف بينهما

ولم يستحق الفداء لم يبق في ملكه ومبنى المرابحة على الامانة والتحرز عن الخيانة فيكون البيع الثاني ملحقا بالعدم في حقها كانه لم يوجد الا البيع الاول ك (قوله ثلثه الخ اى كان الثمن والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فثلثه الخ ع (قوله عبدا واحدا قيد العين بالواحدة احترازا عما اذا كان عبدين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم ع (قوله ظهر الربح فقد قيل انه يظهر في حق العتق اذا كان قريبا له ولو اعتقه يعتق ايضا كفايه

والى رب المال برأس ماله لان قيمته الثمان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه واما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لانه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم (وان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت فانه يدفع رب المال) ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال لان المال امانة في يده فلا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل بالشراء اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

﴿ فصل في الاختلاف ﴾

قال (واذا كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب) وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات قال (ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف

(قوله بخلاف ما تقدم اي في اول الفصل واراد به ما اذا ضاع الالف حيث لا ينتهي المضاربة هناك بل تبقى على ما كانت عليه (قوله بخلاف ما تقدم) وذكر في الفوائد الظهيرية فرق بين هذا وبين ما تقدم من انه لا يخرج هناك ما يخص رب المال من المضاربة وههنا يخرج فالفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان التجارة لا ينافي المضاربة والواجب ههنا ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة (قوله فيرجع مرة بعد اخرى لان الشراء لا يبطل بهلاك الثمن فبقي موجبا دين الثمن عليه وهو عمل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الثمن في العمل واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الالوف لان جميعها يصير رأس مال المضاربة وقبض رأس المال قبض امانة واستيفاء الدين انما يكون بقبض مضمون وقبض الامانة لا ينوب عن القبض المضمون فلهذا يرجع اليه مرة بعد اخرى اي الى ان يسقط عنه الثمن بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن الا مرة لان قبض الوكيل اتصف بالضمان والامانة كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز ويكون مضمونا عليه حتى لو هلك في يد الوكيل يجب الضمان ك (قوله فصل في الاختلاف) لما بين احكام مسائل الاتفاق فيما بين رب المال والمضارب شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما لان الاصل هو الاتفاق ن (قوله وفي مثله اي في مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول (وقد) قول القابض المضارب به عما وقع الاختلاف في صفة المقبوض من كونه قرضا او وديعة او بضاعة فالقول قول رب المال ك (قوله وايهما اقام البينة) اي وان اقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال اولى في مقدار رأس المال وبينة المضارب اولى في مقدار الربح لانها اكثر اثباتا تبيين

(قوله ولو قال المضارب الخ) سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر في اخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك نتائج (قوله والتخصيص يعارض الخ) اي تخصيص المضاربة بنوع يعارض الشرط من جهة رب المال والا فالاصل التعميم ولهذا لو قال دفعت اليك المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع انواع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص عيني (قوله الخصوص ولا يثبت فيه العموم الا بالتنصيص مل

(قوله لحاجته اي لاحتياجه الى اثبات الاذن في نوع يدعي الاذن فيه حتى ينتفي الضمان عنه وعدم حاجة الآخر اي رب المال الى البينة لان ما يدعيه ثبت بقوله اذ هو المتمسك بالاصل ك (قوله وعدم حاجة الآخر الخ لان الاذن مستفاد من جهته كما تقرر فيما مر آنفا فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة نتائج (قوله ولو وقتت البينتان الخ بان قال رب المال دفعت اليك مضاربة ان تعمل في بز في رمضان وقال المضارب دفعت الي لان اعمل في طعام في شوال او بالعكس فاقاما البينة كانت بينة من يقول في شوال اولى تبيين (قوله ومن في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقته المودع فحسب فان المرأة اذا اودع عندها شيء جاز لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وترك الاب البيت على الابن لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم من في عياله الخيانة فان علم ذلك فحفظ بهم ضمن ع (قوله في عياله من زوجته او ولده او والديه او اجيره والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة او مسانهة فاما الاجير يعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع اليه ك (قوله لانه لا يمكنه ملازمة بيته اي في جميع الاوقات لانه يخرج في قضاء حوائجه واداء ما عليه من الواجبات عيني (قوله فكان المالك الخ الاولى ترك هذا القول فان المدار على الضرورة ولا دخل لرضاء المالك فان المالك اذا منعه عن الدفع الى من في عياله لا يضمن كذا في نتائج الافكار

ولو ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت في تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال (الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم قال (وللمودع ان يحفظها بنفسه ومن في عياله) لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به (فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن) لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال (الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى) لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك

(قوله ذكر الاسبيجابي شمس الائمة الحلوانى اذا وقع فى بيت المودع حريق فدفع الوديعة الى اجنبى فان امكنه ان يدفعها الى بعض من فى عياله فهو ضامن والا فلا ضمان عليه ولا يصدق على ذلك الا ببينة وفى الملتقى اذا علم انه احترق داره قبل قوله وان لم يعلم لا يقبل الا ببينة ك (قوله كما اذا ادعى الخ فلا يصدق الا ببينة لانه يدعى ... الضمان بعد تحقق السبب عينى (قوله شركة اشتراك ولو هلك قبل التمييز هلك من مالهما ك (قوله ... معنى الخ اذا القسمة فيما يكال او يوزن افراز وتعين بالاجماع ﴿٢٠٢﴾ ولهذا استملك كل واحد من الشركاء ان يأخذ حصته بعينه بلا رضاه وقضاء واذا كان استهلاكا من وجه دون وجه ان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء مال الى جانب القيام وشاركه فى المخلوط ك (قوله من كل وجه لانه ليس الاستهلاك من العبد الا هذا وهو التعييب واما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى ولهذا كان له فى الصيد بالادماء وهو امارة الاستهلاك ك (قوله ولا معتبر الخ جواب عن قولهما امكنه معنى بالقسمة لان القسمة ليست بموصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للاستيفاء بطريق الضرورة ... عن قيام الشركة وحكمها لها فلا يصلح علة موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة ك (قوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من قوله لانه استهلاك من كل وجه عينى (قوله يجعل الاقل الخ فيكون المخلوط لصاحب الاكثر ويضمن لصاحب القليل اعتبارا ع (قوله على ما عرف فى الرضاع من انه اذا اجتمع بين لبن امرأتين فى قدح وصب فى حلق رضيع تثبت الرضاع منهما عند محمد وعند ابى يوسف (عنده) العبرة للاكثر عينى (قوله اذابة اراد انه اذا اذاب دراهم غيره مع دراهمه فعند ابى حنيفة ينقطع حق المالك بكل حال الى الضمان وابو يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر فى رواية عنه وقال محمد يشركه بكل حال عينى (قوله ثم رده اى رد مثل ما انفق فيما لانفاق ورد المثل لانه لو امتنع لا عمل الاذن فى ثم رده قبل الانفاق لم يضمن لانه ان حاله عاد الى الوفاق عينى

الابيبة لانه يدعى ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن فى الايداع قال (فان خلطها صاحبه بعينها وهو يقدر على تمييزه ضمنه) لانه منتفع الخ وهذا لانه لما خالطه لم يكن راضيا بامساكه بعينه فيضمنه عمرة عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابى حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأه الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابى حنيفة لانه لا حق له الا فى الدين وقد سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فتتعين الشركة فى المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير فى الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابى حنيفة ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابى يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر فى الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما اذا انشق الكيس فيختلط لانه لا يضمنها لعدم الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق قال (فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقى ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذى تقدم قال (واذا تعدى المودع فى الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها

(قوله زال الضمان) إنما قال زال لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب حتى لو هلك في حاله الاستعمال يضمن بلا خلاف عيني (قوله أن الأمر باق) أي الأمر بالحفظ وهو الإيداع باق لإطلاقه ذلك الأمر لأن قوله احفظها يتناول جميع الأوقات عيني (قوله ضرورة ثبوت نقيضه) وهو وجوب الضمان لأن حكم عقد الوديعة الحفظ وعدم الضمان ونقيض هذا العقد وجوب الضمان حميدية (قوله فحصل الخ) جواب عن قول الشافعي فلا يبرأ إلا بالرد على

ثم زال التعدي فردها إلى يده زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ولنا أن الأمر باق لإطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فإذا ارتفع عاد حكم العقد كما إذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد إلى نائب المالك قال (فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع فيضمنها فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يعزل نفسه بحضرة الموكل وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لزفر لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلب منه فبقي الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة) عند أبي حنيفة وقالا ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لأبي حنيفة إطلاق الأمر والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الأب والوصي في مال الصبي ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد (وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا قال (وإذا أودع

المالك عل (قوله فتم الرفع) وهذا لما جحد الوديعة فقد عزل نفسه عن الحفظ والمالك لما طلب منه الوديعة عزله فاتفقا على العزل عل (قوله بخلاف الخلاف) يعني إذا خالف فعلا ثم عاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله لأنه باق إذ الخلاف ليس برد الأمر لأن الأمر قول ورد القول بقول مثله وأما الجحود فهو قول ورد للأمر لأن الجاحد يكون متملكا لا مؤتمنا عيني (قوله ولو جحدها بأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي وديعة (قوله خلافا لزفر) والخلاف ذكر الخلاف بين أبي يوسف وزفر فحسب وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لأن هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك ع (قوله أو طلبه) يعني إذا طلب المودع الوديعة فكأنه عزله عن الحفظ ولم يوجد الطلب منهما ولا التجديد وهو بالعزل

(قوله وإن كان لها حمل ومؤنة) الحمل ما يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال وقيل ما له حمل ومؤنة يحتاجون في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال وهذا إذا كان الطريق آمنا لا يخشى عليه أصلا ولو خشيه ضمنه بنفسه ويرفقه السفر ولم ينهه المودع عنها ك (قوله والمفازة الخ) جواب سؤال مقدر تقريره أن يقال سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي الجواز لكن المانع منه متحقق وهو كون المفازة ليس للحفظ عيني

(قوله وفي الجامع الصغير الخ ذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على المراد بموضع الخلاف الم بالمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون عن محمد ان الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع ع (قوله كما في الدين المشترك يطلب الحاضر في الدين المشترك بان

رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما وطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وقال له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها وقوله له ان يأخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغريمه ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال (وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر) وهذا عند ابي حنيفة وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال (واذا قال صاحب الوديعة

باعا عبدا مشتركا اذا حضر احدهما كان له ان يطالب المديون كذا هنا عيني (قوله كان له الخ وهذا لان يد المودع كيد المودع ولو كان في يد المودع له ان يأخذ فكذا اذا كان في يد نائبه ك (قوله لا يقع دفعه الخ فانهما لو اقتسما نصيبه ثم هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له ان يشاركه في المقبوض فثبت ان القسمة ليست بنافذة ك (قوله لانه يطالبه اي الشريك يطالب المديون بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة فدفع المديون نصيب الحاضر يصرف في ملك نفسه وليس فيه قسمة على الغائب اما المودع فدفع مال الوديعة بعينها ففي دفع مال الحاضر قسمة وهو غير مالك له عيني (قوله في المرتهنين بان رهن رجل عند رجلين ما يمكن قسمته فدفع احدهما الى الآخر ضمن عند ابي حنيفة ملافا لهما واذا رهن شيئا لا يقسم عند رجلين فلكل واحد (المودع) من المرتهنين ان يحفظ الرهن باذن الآخر مل (قوله والوكيلين بالشراء بان وكل رجل رجلين بشراء شيء فدفع اليهما مالا مما يقسم فدفعه الى الآخر فضاع ضمن النصف عيني (قوله كما في ما لا يقسم الخ قاس ما يقسم على ما لا يقسم والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على امانتهما عيني

للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن) وفي الجامع الصغير إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه وكما إذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيدا فيلغو (وإن كان له منه بد ضمن) لأن الشرط مفيد إذ من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وإن حفظها في دار أخرى ضمن) لأن الدارين تتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الآخر وهذا عند أبي حنيفة وقالا له أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر وإن ضمن الآخر رجع على الأول) لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره قال (ومن كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد

(قوله لا يضمن) لأن هذا الشرط لا يفيد فصار لغوا لأنه لم يكن له بد من التسليم إليها (قوله وهو محمل الخ) أي محمل رواية الجامع الصغير بقوله فدفعها إلى من لا بد له منه لم يضمن محمل رواية القدوري التي ذكرها مطلقا في قوله لا يضمن إذا كان له منه بد بأن كانت الوديعة شيئا خفيفا يمكن للمودع استحفاظه واستصحابه بنفسه كالخاتم (قوله ضمن) أي عند الله ضمن المودع إذا وضع الوديعة في حانوته فقال له صاحبها لا تضع في الحانوت فإنه مخوف فتركها فيه حتى سرق ليلا إن لم يكن له موضع آخر أحرز من الحانوت لا يضمن وإن كان له موضع آخر أحرز من الحانوت فهو ضامن إذا كان قادرا على الحمل ك (قوله فاعتبر) الأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان وإن لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأة وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلكت ضمن ع (قوله لم يضمن) وهذا استحسان وفي القياس يضمن لأن البيتين قد يتفاوتان في الحرز بأن يكون ظهر أحدهما إلى السكة فيتمكن السارق من الأخذ منه ما لا يتمكن من البيت الآخر فيفيد الشرط وقد خالفه فيضمن ك (قوله لا يتفاوتان في الحرز) كما إذا قال احفظها في هذا الجانب من البيت فحفظها في الجانب الآخر أو قال احفظها في هذا الصندوق فحفظها في صندوق آخر ك (قوله رجع على الأول) لأن الآخر مغرور من جهة الأول فإنه أودعه على أنه ملكه وأنه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده فإذا لحقه الضمان يرجع عليه عيني (قوله فلا يضمنه) بخلاف مودع الغاصب لأن الأول بمجرد الدفع متعد والثاني بالأخذ عيني (قوله صحيحة) أي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعا من اثنين بكماله ك

لعلم القاضي بوجوب الحق لاحدهما بعينه فلا يقضى بالمجهول ثم ان نكل عن اليمين للاول يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعطى لكل واحد منهما نصفه لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الف اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا حق كل واحد منهما ببعض الامر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بانفراده وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما ينفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد قررناه في كفاية المنتهى والله اعلم

كتاب العارية

قال (العارية جائزة) لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان (وهي تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظ التمليك والمنافع

(قوله ولا يقضى بالنكول لان من حجة الآمر ان يقال لو بعثت لي بالاستحلاف لكان ينكل ايضا فلم يقض) (قوله انما يصير حجة الخ ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء ك (قوله فينكشف وجه القضاء بانه يقضى لهما او لا يقضى لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلهذا يتوقف في القضاء حتى يظهر وجه القضاء ك (قوله وذلك اي الاقرار او البذل حجة في حقه اي حق المودع المتكرمل (قوله وبالصرف اليهما اي بصرف المودع الالف الى المدعيين صار قاضيا بعض حق كل واحد منهما ببعض حق الآمر فيغرم الالف الذي صرف اليهما فيصير الفان عليه (قوله فاذا نكل الخ ولم يذكر انه اذا حلف للثاني ماذا حكمه قال انه في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضى بنكوله للاول ع (قوله ووضع المسئلة الخ فان كان في يده عبد فادعاه رجلان كل واحد انه له اودعه اياه عين (قوله ثم لا يحلف الخ اي لا يحلف ذلك المنكر للمدعي الثاني بان يقول المدعي للقاضي احلفه بالله ما هذا العبد لي اي لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد ولكن يضم اليه قوله ولا قيمته ك (قوله بناء على ان الخ فان قلت ما وجه بناء المسئلة المتقدمة على المسئلة الثانية قلت لان النكول اقرار وصحة الاقرار بالوديعة عند محمد وكذا بالنكول فياتي التحليف وعند ابي يوسف لا يضمن فيه بالاقرار وكذا هنا بالنكول فلا فائدة في التحليف عيني (قوله ولا يشترط فيه ضرب المدة (قاسه) اي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك كما في الاجارة ك (قوله وكذلك يعمل فيه النهي اي يبطل الاعارة بالنهي ولو كانت تمليكا لما بطلت بالنهي كالهبة والاجارة ك (قوله ولا يملك الاجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض وبغير عوض كالموهوب له ك

قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لنفي زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال (وتصح بقوله اعرتك) لانه صريح فيه (واطعمتك هذه الارض) لانه مستعمل فيه (ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة) لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال (واخدمتك هذا العبد) لانه اذن له في استخدامه (وداري لك سكنى) لان معناه سكناها لك (وداري لك عمرى سكنى) لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء) لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي

(قوله دفع الحاجة) فان قلت الحاجة تندفع بالاباحة قلت لعل حاجته الى انتفاع الغير ايضا ك (قوله والجهالة الخ) هذا جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المانعة هي الجهالة المفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك عيني (قوله والنهي الخ) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يستكملها بعد له ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع اي وقت شاء ع (قوله منع عن التحصيل) اي رجوع عن تمليك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك يصح ك (قوله لنفي زيادة الضرر) اي لا يملك المستعير ان يواجر المستعار لان الاجارة ما وضعت في الشرع الا لازمة وفي ذلك سد باب الاسترداد فيتضرر به المعير ك (قوله واطعمتك الخ) الطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه وان اضيف الى ما لا يطعم عينه كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال عيني (قوله ومنحتك الخ) المنحة تمليك غلة الشيء مع بقاء رقبته على ملكه يقال منحتك هذه الجارية وهذا الشجر يراد به تمليك الغلة التي تتولد منه منافع (قوله المنحة مردودة) المنحة نوع من العارية هي ان يعطي الرجل شاة او بقرة او ناقة ليشرب لبنها ثم ترد الشاة او غيرها الى المالك ك (قوله والعارية مؤداة) فيه تعميم بعد تخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة فتبعه في ان العارية تستحق الرد ع (قوله لم يتصل به القبض) لان المنافع التي لم تحدث لا يتصور فيها القبض عيني (قوله من غير تعد) فان كان تعد كحمل الدابة ما لا يحمل مثلها او استعملها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالاجماع ع (قوله مضمون الخ) اي لا يلزم الضمان بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته ك

(قوله بخلاف ما اذا علم اي المستأجر بكونها عارية في يد المؤجر حيث لم يرجع عليه لانه لم يوجد منه غرور [illegible]
(قوله اذا كان لا يختلف الخ كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة ع (قوله كالموصى له بالخدمة اي [illegible]
ان يعير لتمليكه المنفعة ع (قوله والمنافع الخ جواب عن قول الشافعي والمنافع غير قابلة للملك [illegible]
انا لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة عيني (قوله دفعا للحاجة يعني ان الناس
يحتاجون الى الانتفاع بشيء لا ينفعهم كذلك

وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير بسبب الاسترداد الى انقضاء الاجارة فابطلناه فان آجره فعطب ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العقد صار غاصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا للضرر عنه بخلاف ما اذا علم قال (وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والشعير خير من الحنطة اذا كان كيلا والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركب حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما فيثبت اولان من قضية

يحتاجون اي نفع غيرهم بذلك الشيء عند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة نتائج (قوله الى مثل ذلك بان استعار دابة ليحمل عليها عشرة اقفزة من هذه الحنطة فحمل عليها حنطة غيره لا ضمان عليه لان حنطته وحنطة غيره في الضرر سواء ك (قوله او خير منه بان شرط حمل الحنطة فحمل عليه الشعير لان كيل الشعير اخف وزنا من كيل الحنطة لانها اصلب من الشعير ك (قوله والحنطة مثل الحنطة اشار بهذا الى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة حنطة المستعير او غيره فالحنطة جنس واحد سواء كانت للمستعير او غيره عينها المستعير او لم يعينها عيني (قوله وله ان يركب الخ
معناه ان شاء ركب بنفسه وان شاء اركب غيره لانه يجمع بينهما يدل عليه قوله بعده حتى لو ركب (الاعارة [illegible]
بنفسه لا يركب غيره ك (قوله لانه لما اطلق الخ يعني لما لم يعين المنتفع يكون تعيين المنتفع مفوضا
اليه فان شاء عين نفسه وان شاء عين غيره وايهما عين يتعين كما اذا عينه المالك ك (قوله ضمن وهذا اطلاق [illegible]
فخر الاسلام واما على قول غيره فله ان يركبه بعد الاركاب ك

(قوله معير به) اضطراب ليماثر قال في المغرب وقوله استعار دراهم ليعيربها صنجاته اى ليسوى ثم قال
لمعرب سوالتر يقى عاورت المكائس والموازين اذا اسبوا ودست من يكون الدراهم موزونة مصححة مثل
لا يوحد بمثابت المصححه واستعر منه الدراهم ليسوى الموازين بها (قوله او يزين به الخ فان استعار دراهم
ليزين دكانه حتى يظن الناس عنده عديد مو منه (قوله) قيل هو معير ولانه ان لم
ليزينه موضع على الدكان) لان في ٢٠٩ ... وكانت الاعارة توقيتا فلدلالة
يدل صريحا يمكن رقت دلالة

الاعارة الا ... ورد العين ... مقامه ... اذا اطلق
الاعارة اما اذا اعين ... استعار الدراهم ليعير بها ... الموازين بها
يكون مما يمكن قرضا ولا يكون له الا الا ... الاستعارة ... حمل
على ... (واذا استعار ... ليبني ... او يغرس فيها
... والمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس) اما ... فلما
بينا ان الاعارة ... وانما صحة مملكة مملوكة ... الاجارة ... بالاعارة واذا صح
الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغه ثم ان لم يكن وقت
العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور بحيث اعتمد اطلاق العقد
من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح
رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد (وضمن المعير ما نقص
البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء
بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر
وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه
ويكون له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه
ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه
صاحب الاصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها
ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت اولم يوقت لان له نهاية
معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية
معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (واجرة رد العارية على المستعير
لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون
عليه (واجرة رد العين المستأجرة على المواجر) لان الواجب على المستأجر
التمكين والتخلية دون الرد لان منفعة قبضه سالمة للمالك معنى فلا يكون
عليه مؤنة رده (واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب
عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه ... علمه ... قال
(واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن)
وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها ...

يعني لمدة قليلة بان يكن غذاء
ثم ينقض اذا جاء الصيف
والشجر قد يعرس ثم يقلع
بعد زمان فيباع كاهو العادة
ك (قوله وضمن المعير
الخ) يعني يضمن كم يكون
قيمة البناء والغرس اذا
ابقي الى المدة المضروبة
فيضمن بالنقض من قيمته
يعني اذا كانت قيمة البناء
في المدة المضروبة عشرة
دنانير مثلا واذا قلع في الحال
يكون قيمته ... فيضمن دينارين
ويرجع بثمانية دنانير ك
(قوله قالوا اذا كان الخ)
قيل معنى كلامه هذا ان
ما قال القدوري ان المعير
يضمن نقصان البناء والغرس
محمول على ما اذا لم يلحق
الارض بالقلع ضرر اما اذا
لحق فالخيار الى المالك بقيمة
مقلوعا وتكليف القلع وضمان
النقصان الى صاحب الارض
وهو ظاهر ويجوز ان يتعلق
بقول الحاكم الشهيد ومعناه
ان المستعير انما يتمكن من
القلع والرفع اذا لم تتضرر
الارض بالقلع اما اذا تضرر
فالخيار لرب الارض وهو
الاصل (قوله حتى يحصد

من الاحصاد يقال احصد الزرع اذا حان حصاده عيني (قوله مراعاة الحقين لانه اسم يترك بالاجر هكذا
فالمالك لا تفوت منفعة ارضه مجانا ولا يفوت زرع الارض ليمتنع الخاسر كما في الاجارة والزرع لم يدرك
ضمن ثم يترك الارض باجر مراعاة للجانبين كذا هذا ك (قوله لانه ليس له نهاية معلومة فيكون للضرر
بالجانبين فيرجع صاحب الاصل ك

وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط فصح رد

(وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا

(ولو رد المغصوب والوديعة الى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى من فى العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العوارى لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن) والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لان الامانة يحفظها فيمن فى عياله كما فى الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس فى عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره) لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا فى العبد الذى يقوم على الدواب وقيل فى غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا (وان ردها مع اجنبى ضمن) ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ رح وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتنى عند ابى حنيفة وقال يكتب انك اعرتنى) لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له اولى كما فى اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص بالزراعة والاعارة يتنظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب

﴿ كتاب الهبة ﴾

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع (وتصح بالايجاب والقبول والقبض) اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك

(قوله فالمالك يردها الخ فيكون مسقطا مؤنة الرد عن المالك لا متعديا ولا يضمن المرء بالاحسان ك (قوله فيه اى قيل عدم الضمان فى العبد الذى يقوم على الدواب وفى غيره عينى (قوله لا يملك الايداع الخ لانه لو سلم فى يد اجنبى صار وديعة فعلم انه لا يملك الايداع اذ لو ملكه لما ضمن ك (قوله يملكه اى يملك المستعير الايداع لان الايداع دون الاعارة لانه لما ملك الاعارة مع ان فيه ايداعا وتمليك المنافع فلان يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى وبه اخذ الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى عينى (قوله واولوا الخ يعنى ان المشايخ الذين قالوا بان المستعير يملك الايداع اولوا هذه المسئلة وهى قوله وان ردها مع اجنبى ضمن المستعير ههنا لانه لم يبق مستعيرا بسبب انقضاء مدة الاستعارة حيث دفع الى آخر بعد فراغه واستعماله ونحن انما قلنا يجوز الايداع للمستعير اذا كان قائما على كونه مستعيرا وههنا لم يبق مستعيرا وبقيت العارية فى يده وديعة وليس للمودع ان يودع غيره فاذا اودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق ل (قوله بانتهاء الخ بان كانت الاعارة موقتة ومضى الوقت وبقى فى يد المستعير وديعة والمودع لا يملك الايداع فوجب الضمان باعتبار المودع فيه (قوله الهبة تمليك العين بلا عوض اى بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط لينتقض بالهبة بشرط العوض درر (قوله وتصح بالايجاب الخ اما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث فى يمينه عندنا وقال صاحب الدرر ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة العقد والعقد هو الايجاب والقبول غاية البيان

وقد ملك فثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف
الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفى
الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفى اثبات الملك قبل
القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية
لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم
اهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكه (فان قبضه
الموهوب له فى المجلس بغير امر الواهب جاز) استحسانا (وان قبض
بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب فى القبض) والقياس لا يجوز
فى الوجهين وهو قول الشافعى لان القبض تصرف فى ملك الواهب
اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة
القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك
والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض
بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول
والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض فى المجلس
لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح قال (وينعقد الهبة بقوله وهبت
ونحلت واعطيت) لان الاول صريح فيه والثانى مستعمل فيه قال عليه السلام
اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى
واحد (وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك
هذا الشئ وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة) اما الاول فلان
الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال
اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل
غلتها واما الثانى فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام
فمن اعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك
عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل
الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته
(ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التمليك

(قوله وفى اثبات الملك الخ) وما لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدى الى ايجاب
التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شئ لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات ك
(قوله الزام الخ) هذا انما يتم اذا كان التسليم لازما للملك وليس كذلك فان من باع شيئا انما يصير المبيع ملكا
للمشترى ولا يجب التسليم قبل قبض الثمن فيجوز ان لا يجب التسليم هنا ايضا فلا يلزم المتبرع ما لم يلتزمه وفائدة
ثبوت الملك تظهر بعد موت المتبرع بدون ﴿ ٢١١ ﴾ الرجوع فاعطى (قوله بخلاف الوصية الخ) لما قاس
مالك الهبة على الوصية
فى انه لا يشترط فى الوصية
القبض ويثبت ملك الموصى
له فى الموصى به بعد موت
الموصى اجاب عنه بقوله
بخلاف الخ ع‍ص (قوله
لان اوان الخ) يعنى ان
الوصية تمليك بعد الموت
وقد زال عن ملكه بعد
الموت فالزوال بهذه الوصية
لا يلزم شيئا لم يتبرع به ولا
ضمان ك (قوله وحق الوارث
الخ) جواب سؤال مقدر وهو
ان يقال انعدم اهلية اللزوم
للموصى بالموت فوارثه
يخلف فى ملكه فكان ينبغى
ان يتوقف ملك الموصى
له الى وقت تسليم الوارث
الموصى به اليه لان الوصية
عقد تبرع كالهبة وهناك
يتوقف ملك الموهوب له
الى وقت التسليم فكذلك
فى الوصية ينبغى ان يكون
كذلك فاجاب بان الوارث
اجنبى عما صح فيه الوصية
فكيف يصح فيه تسليم الاجنبى
فلما لم يوجد تسليم من يصح
تسليمه يثبت الملك للموصى
له فى الموصى به قبل القبض
فلم يكن التسليم عليه الزاما على المتبرع ك ١٢ (قوله لما قلنا) اشارة الى قريبه وهو قوله فلقوله عليه
السلام فمن اعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة فى ذيل
الثالث (قوله هو الاركاب حقيقة) فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الاركاب وقد سبق فى العارية
ان قوله حملتك لتمليك العين لا لانه ازال حقيقة الاركاب نظرا الى الوضع وهو تمليك العين فى العرف
والاستعمال ولكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا فى معنى الاسم المشترك ك

قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اى ملكه منه (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل (ولو قال دارى لك هبة سكنى او سكنى هبة فهى عارية) لان العارية محكم فى تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا (ولو قال هبة تسكنها فهى هبة) لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعى يجوز فى الوجهين لانه عقد تمليك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان فى تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهبت من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال (ولو وهب دقيقا فى حنطة او دهنا فى سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلمه لم يجز وكذا السمن فى اللبن) لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل

(قوله هبة سكنى الخ نصب ابوية فى الموضعين على الحال او التمييز لما فى قوله دارى لك من الابهام (قوله لان العارية الخ كان من حقه ان يقول السكنى محكم فى تمليك المنفعة فلعله توهم ان ... قيل هبة عارية او عارية هبة فعلل بذلك اولان قوله سكنى عارية فذكر العارية فى ... السكنى بدلالة السكنى على العارية ك (قوله لانه تفسير له اى لان قوله سكنى اسم فجاز ان يكون ... لاسم آخر فيتغير به اول الكلام كما فى الاستثناء والشرط فيكون عارية عينى (قوله ولا يجوز الخ معنى قوله لا يجوز الهبة لا يثبت الملك فيه لا محوزة مقسومة لان الهبة فى نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة فى نفسها لكن توقف اثباته الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار ع (قوله فيما يقسم معنى ما لا يحتمل القسمة ما لا يبقى منتفعا بعد القسمة اصلا كعبد واحد ودابة واحدة او لا يبقى منتفعا بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والرحى ومعنى المقسوم ان يبقى منتفعا قبل القسمة وبعدها كافى (قوله الزامه الخ وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر (قوله امتنع جوازه الظاهر ان المراد بالجواز النفاذ والا فالهبة قبل القبض ليست (للتمليك ... الملك وامتناع الجواز يوجب بطلانها اعظمى (قوله والمهايأة الخ اى فان قيل لزمه المهايأة فيما لا يحتمل القسمة وفى ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك اجاب عنه بقوله والمهايأة الخ ع

(قوله وإن لم يجدد فيه الخ) والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر وإذا تغاير ناب
الأعلى عن الأدنى ولا ينوب الأدنى عن الأعلى بيانه أن الشيء إذا كان مغصوبا أو بالعقد الفاسد فباعه
منه صحيح جائز لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبض إذ كل واحد منهما مضمون وكذلك إذا وهبه
منه لا يحتاج إلى قبض آخر لكون ذلك القبض أعلى وهو كونه مضمونا وكذلك إذا كان الشيء وديعة
في يده أو عارية فوهبه مالكه

فيملك ولا تجوز هبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لأن امتناع الجواز للاتصال يمنع القبض كالشائع قال (وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضا) لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله (وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب) لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فأولى أن يملك النافع (وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز) لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه) لأن له عليه يدا معتبرة ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه (وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه إذا كان عاقلا لأنه نافع في حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضوره لا ضرورة قال (وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز) لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع (وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند

من صاحب اليد فإنه لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبضين لأن كلا القبضين أمانة ولو كانت وديعة عنده أو عارية فباعه منه فإنه يحتاج إلى قبض جديد لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان ك (قوله فينوب عنه) أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون وهو الهبة عيني (قوله لأن يده كيده) أي لأن يد المودع يد المودع حكما فيمكن أن يجعل قابضا لولده باليد التي هي قائمة مقام يده فإن قيل قد قلتم إذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كان يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع في الحقيقة فباعتبار هذه الحقيقة يجعل قابضا لنفسه ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التمليك بالهبة فأما بعد ذلك فهو عامل لنفسه فإن قيل ينبغي أن لا يتم الهبة إذا كان في يد مودعه لاشتراط الكمال في القبض

وأن هذا القبض حكمي وهو أنقص من القبض حقيقة قلت القبض حكما كاف لإتمام الهبة ولهذا يجوز بالتخلية بخلاف الشائع فإن قبض في ضمن الكل والجمعي كأن لم يكن ك (قوله بخلاف ما إذا كان مرهونا الخ) يعني إذا كان مال الأب مغصوبا أو كذا لم يتم الهبة لأنه في يد غيره في الرهن والغصب أو في ملك غيره في البيع الفاسد ك

(قوله كما ادا رهن الح فانه يجوز بالهبة اولى لان تاثير الشيوع فى امر الرهن اكثر منه فى الهبة حتى لا يجوز الرهن فى مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة عينى (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير متميز فكان الشيوع وهو مانع القبض على سبيل الكمال وهذا الاستدلال من جانب الملك (قوله وعلى هذا الاعتبار اى على الاعتبار الذى ذكرنا وهو ثبوت الشيوع فى التمليك يتحقق الشيوع فتفسد الهبة عينى (قوله

ابي حنيفة وقد يصح) لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى البعض فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد كاملا اذ لا تضايق فيهما فلا شيوع ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن (وفى الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الهبة والصدقة فى الحكم وفى الاصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع فى الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بما ذكر فى الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك فى البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

﴿ باب الرجوع فى الهبة ﴾

قال (واذا وهب هبة لاجنبى فله الرجوع فيها) وقال الشافعى لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزأ له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اى لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد

وفى الجامع الصغير الخ ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على ان الشيوع فى الصدقة لا يمنع الجواز عند الامام كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل تدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة فى منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف وقال وكذلك الصدقة ع (قوله جعل كل واحد منهما الخ الحاصل ان ابا حنيفة جعل الهبة مجازا عن الصدقة اذا صادفت الفقير والصدقة مجازا عن الهبة اذا صادفت الغنى لوجود المجوز اذ كل منهما تمليك الغير بغير بدل (قوله وفرق بين الهبة والصدقة حيث جوز الصدقة على الفقيرين الاثنين ولم يجوز الهبة على الغنيين الاثنين مل (قوله فيه المراد بالهبة الموهوب لان الرجوع انما يكون فى حق الاعيان لا فى حق الاقوال ن (قوله لاجنبى (بعدله)

المراد بالاجنبى من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم ولم يكن محرما كبنى الاعمام والاخوال ومن كان محرما وليس بذى رحم كالاخ الرضاعى ع (قوله فله الرجوع فيه اى بالتراضى او بقضاء القاضى اذا لم يقترن بها ما يمنع الرجوع وذكر الاحكام بعده اغنى عن ذكر القيود ك

به والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال (الا ان يعوضه عنها) لحصول المقصود (او تزيد زيادة متصلة) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال (او يموت احد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه (او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال (فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شئ منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها) لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى (وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا يرجع فيها) لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها ولو ابانها بعد ما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا (وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه

به ما روى اراده الحديث الذي احتج به الشافعي عيني (قوله معنى استبداد الخ اي عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته بلا قضاء ولا رضاء عند الحاجة (قوله يسمى رجوعا اي باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم ع (قوله وهذا الاستقباحه اي هذا التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي الا ترى انه قد روى في رواية كالكلب يقئ ثم يعود في قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة فهو مستقبح ك (قوله فموانع منها هلاك الموهوب ومنها المحرمية بالرحم الخ (قوله او يزيد زيادة الخ المراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشئ يوجب زيادة في القيمة (قوله زيادة متصلة ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له من زوج او فجور فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع في الاصل دون الزيادة ممكن وان كانت الزيادة من حيث السعر فله ان يرجع لان زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب وانما هي زيادة رغبة الناس فيه والعين بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع ك (قوله اذ هو ما اوجبه اي ما اوجب الملك للموهوب فلا يكون له حق الرجوع بالنص لانه اوجب الرجوع للواهب وهو ليس بواهب عيني (قوله متعددا عوضا الخ وصورة التعويض ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض هبة بان يقول الموهوب له هذا عوض هبتك او جزاء هبتك او ثواب هبتك او بدل هبتك اما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع في هبته وفي المبسوط وسواء كان العوض شيئا قليلا او كثيرا من جنس الهبة او من غير جنسه لان هذه ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربوا وانما تأثير العوض في قطع الحق في الرجوع لتحصيل المقصود ويشترط شرائط الهبة في العوض من القبض والافراز لانه تبرع ك

(قوله يرجع بالنصف اى بنصف الموهوب لانه لم يسلم له العوض الا في نصف الموهوب فانه لو استحق كل العوض كان له ان يرجع في كل الهبة فاذا استحق بعضه [illegible] يرجع بقدره (قوله ان يصلح عوضا [illegible] يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا في البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء
(قوله ظهر انه لا عوض الا هذا القدر

ثم يرجع في الهبة (وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا عن الكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله ان يرده (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم) لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا اذا طلبه فمنعه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا (واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو

من اجزاء العوض مقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكانه عوض من النصف ابتداء واجيب بان ذلك في [illegible] ذلك معنى المبادلة والمقابلة وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من الهبة (قوله الا انه يتخير اى بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسك ولا يرجع بشيء (قوله او بحكم الحاكم اراد ان الواهب يرفع امره الى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد اليه حتى لو استرده بغير قضاء ولا رضاء كان غاصبا حتى لو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له عيني (قوله وفي اصله وهاء اى في اصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك غيره ع (قوله وهاء في المغرب [illegible] مالك [illegible] والوهي [illegible] (قوله [illegible] لان مقصوده (لا يصلح) [illegible] فيما ان كان الثواب فقد حصل وان كان [illegible] فلم يحصل واذا تردد لا بد من الفصل لان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا من له ولاية [illegible] وهو القاضي او هما لولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض ك

... الكتابة فصل قال (ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك (ومن وهب له جارية على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل) لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه الصلاة والسلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال (ومن كان له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بريء منها او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل) لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ومعناه ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف جائزة) لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه

(قوله فصل) لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالموهوب من الحمل وغيره ذكرها في فصل على حدة (قوله الا في محل الخ) يعني كل ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه ولان المستثنى يكون من جنس المستثنى منه وحكم المستثنى منه جواز افراده بالعقد ولو جاز استثناء الحمل لا يصح العقد فيه فكان المستثنى من جنس المستثنى منه لان الوصف ليس من جنس العين فلا يتناوله صدر الكلام فاذا لم يتناوله لا يصح الاستثناء فيه (قوله لكونه) اي لكون الحمل وصفا لها وتبعا لها كاطرافها من اليد والرجل مثلا (قوله فلم يكن شبيه الخ) بل كان فيه اختلاط الموهوب بغير الموهوب وهو عين المشاع فلا يجوز الهبة اصلا لا في الام ولا في الحمل (قوله فبقي هبة المشاع) قيل هب انه هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة واجيب بان عرضية الانفصال في ذاك الحال ثابتة لا محالة فنزل منفصلا في الحال فكان المشاع لما استشعر على هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شيء الخ عطفا (قوله هو مشغول الخ) كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب فانه لا يصح مثلا (قوله تخالف مقتضى العقد) لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد او العتاق او غير ذلك تقيد بها ع (قوله ومعنى الربوا) لانه فاذا دخل

المبيع ... هذا الشرط عن العوض وفيه منفعة لاحدهما ... عليه وهو من اهل الاستحقاق وذلك ليس الا الربوا (قوله ابراء) فان قيل فهبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين حينئذ يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف احد العاقدين لا ينفرد به ... على ... ع

عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

(فصل في الصدقة) قال (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما بينا في الهبة (ولا رجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غنى استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب وقد حصل وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل قال (ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع) ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب مالا فاذا اكتسبه يتصدق بمثل ما انفق) وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

(الاجارة عقد على المنافع بعوض) لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهي قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة (ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع (وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة) لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة

(قوله فصل في الصدقة) لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط ومحلهما في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل بها بفصل (قوله وقد حصل فصارت كهبة عوض منها) وفيه تامل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد به الوعد بالثواب ع (قوله وكذلك اذا تصدق الخ) اي لا رجوع في الصدقة على الغني ايضا كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما الرجوع قال لانه انما يقصد به العوض دون الثواب الا ترى ان في حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء في ان المقصود الثواب فكذلك في حق الغني الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة فكذلك في الصدقة ولكنا نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال المتملك ك (قوله كتاب الاجارات) لما فرغ في بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يتعان لازمين ولذلك اورد كتاب الاجارات متصلة بفصل الصدقة واتى جمعها اشارة الى انها انواع مختلفة (فالمنفعة) نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة معلومة فيه بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته ونوع تصير المنفعة معلومة فيه بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم نت (قوله لانه عوض مالي) اي لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فصح ان تكون اجرة منافع

قوله طالت المدة أو قصرت إذا كانت بحيث يعيش إليها المتعاقدان، وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحدهما فقد منعه بعضهم لأن الظاهر في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة والظاهر مثل اليقين في حق الأحكام فصارت الإجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطله وجوزه آخرون وهو اختيار الخصاف لأن العبرة في هذا الباب بصيغة الكلام وقد وجد التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين أو أحدهما قبل انقضاء المدة لأنه قد يموت في مدة يعيش إليها الإنسان عادة أو لم يعش (قوله عسى كلمة عسى هنا وقع مجردا عن الاسم والخبر تقديره عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يقع وأهل العربية يأبون ذلك عيني (قوله لا يجوز الإجارة الخ هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤاجر أكثر من سنة وأما إذا شرط فليس للمتولي أن يزيد على ذلك فإن كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها ع (قوله وهو المختار أي المختار في المذهب أن لا يزيد على ثلاث سنين وهو اختيار مشايخ بلخ وقال غيرهم يجوز وفي شرح حيل الخصاف الحيلة بجواز الإجارة على الأوقاف أن يعقد عقودا متفرقة على الأوقاف كل عقد على سنة فيكتب استأجر فلان من فلان كذا ثلاثين عقدا كل عقد على سنة فيكون العقد الأول لازما والثاني غير لازم لأنه مضاف كذا في التبصرة ك

بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما إذا كانت المنفعة لا تتفاوت. وقوله أي مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة إليها عسى إلا أن في الأوقات لا تجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار. قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الإجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الأجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الوحد ولا بد من بيان الوقت. قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الأجر متى يستحق

(قال الأجرة لا تجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه) وقال الشافعي تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا أن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل لأن المساواة تثبت حقا له وقد أبطله (وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع

(قوله فعليه الأجر يعني إذا تمكن من الاستيفاء في المدة وهذا إذا كانت الإجارة صحيحة أما في الإجارة الفاسدة فيشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء والتمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة وقبضها وأمسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة ك

(قوله وكذلك اجرة الاراضي عند اذا آخر الاجرة ان يطالب المستأجر باجرة كل يوم لانه منفعة مقصودة الادا بين وقت الاستحقاق وبقط منه اذا في ذلك الوقت لانه بمنزلة ما اذا عمل بعض العمل في البعض اجرة اشار الى انه اذا كان ثوبين فرغ احدهما له ان يطلب اجرة لانه منفعة عيني (قوله لا يستوجب هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمحيط الجامع الصغير وغير الاسلام في شرح الجامع والتمرتاشي والعتابي ص ٢٢٥ ط المصرية ونحو ذلك في المبسوط في باب من استأجر اجيرا ليعمل له في بيته قال او استأجر خياطا ليخيط له في بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط لان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر الامام قاضي خان وكذا لو استأجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجر بقدره ولكن نقل من التجريد ان الحكم فيه كذا ذكره في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني (قوله فلا اجر له وفي المبسوط وهو ضامن لان هذا جناية عيني (قوله ولا ضمان عليه قيل هذا قول الكل اما عند ابي حنيفة فلانه لم يملك بصنعه واما عندهما فلانه ملك بعد التسليم وذكر القدوري في شرحه ان على قولهما يجب الضمان لانه اجير مشترك والعين في يده امانة عنده مضمونة عندهما فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كالغصب لا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيته وقال القدوري لا ضمان عليه في الحطب والمنع عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه فلا ضمان عليه لانه كذا في امر جديرة ك

حتى لو غصب عاصب من يده سقطت الاجرة) لان تسليم المنفعة اقيم مقام تسليم المنفعة لانه يمكن من الاستيفاء واذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجرة بقدره اذ الانفساخ في بعضها قال (ومن استأجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجرة كل يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد) لانه بمنزلة التأجيل (وكذلك اجرة الاراضي) لما بينا (ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا (وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر به وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا (الا ان يشترط التعجيل) لما مر ان الشرط فيه لازم قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم (فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال وهذا عند ابي حنيفة لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر قال (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للعرف قال (ومن استأجر رجلا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا اقامه عند ابي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجه) لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة ان العمل

(قدم)

والصبغ والاقمة والتفريج عين زائد كالعين الا ترى انه ينتفع به قبل التفريج بمعمل اى موضع العمل بخلاف نقش الاقمشة لانه طين منتشر وبخلاف الحمل لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند ابي حنيفة لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى

قال (وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره) لان المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه (وان اطلق له العمل فله ان يستأجر من يعمله) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

(فصل) (ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين (وان استأجره ليذهب

(قوله او بعصر) الخ اما القصار فان كان يقصر بالنشاستج او ببياض البيض فله حق الحبس لانه اتصل بالثوب مال قائم كما في الصبغ واما اذا كان يبيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق الحبس لان البياض كان مستترا في الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان فيه اصلا ولكن استتر بالدرن والوسخ وازال القصار بعمله فظهر البياض الذي كان في الاصل وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك لاستتاره بالاوساخ فيقع العمل احداثا لصفة البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الخياطة (قوله اى المبيع) حيث يجوز للبائع حبسه عن المشتري حتى يقبض الثمن (قوله وهذا بخلاف) الخ جواب عما يقال الآبق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر قائم في العين حتى (قوله وقد احياه) والاحياء الذي يتصور من العبد الاشراف على الهلاك اذ الاحياء الحقيقي من خواص الالوهية (قوله في الوجهين) اى سواء كان لعمله اثر او لم يكن لان المبيع وقع في يد المشتري برضاء البائع قبل نقد الثمن فيبطل حقه في الحبس كما اذا عمل في بيت صاحب الثوب وهذا لان المبيع هنا اما اثر عمل في العين كما في الخياطة او مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ وقد وقع في يد المشتري اى صاحب الثوب برضاء البائع وهو كمن استقرض من آخر كر حنطة وامره ان يبذرها في ارضه بذرا ففعل برضاه كذلك (قوله واذا شرط) الخ صورته ما اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه بان يقول استأجرتك لتخيط هذا الثوب بنفسك او بيدك (قوله فليس له) الخ فيه تأمل لانه ان منعه اى منع ما استعمل من مواضع منه في ذلك الثوب او سلم فانه اقوى عن ذلك كان ينبغي ان يجوز (قوله في محل بعينه) يدل على عمل نفس الصانع يعني شرط ان يكون محل هذا العمل هو لا غير فلا يجوز ان يستعمل غيره عيني

(قوله لا اجر في الذهاب كما لو لم يرد الكتاب وكما لو كان رسولا بلا كتاب فذهب ولم يجد المرسل اليه ... الا انه لم يبلغه الرسالة ورجع له الاجر بالاجماع وذكر الفقيه ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد فيما اذا ذهب بالكتاب ليشير به الى ان هذا الحكم فيما اذا استأجره للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنة وقد ... بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمه فيما اذا كان ميتا او غائبا فله ... الامر كاملا (قوله او وسيلة اليه ﴿٢٢٢﴾ اي وسيلة الى المقصود لان اعلام ما فيه لا يتصور الا ب... الكتاب (قوله كما في الطعام اي كما يسقط الاجرة فيما اذا استأجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجد ميتا فرده فانه لا اجر له بالاتفاق كما يجيء عيني (قوله لان الحمل لم ينتقض لان ترك الكتاب ثمه مفيد لانه ربما يصل الى ورثته فينتفعون به عيني (قوله باب ما يجوز الخ لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الاعمال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا منه انتهى (قوله للسكنى قال تاج الشريعة للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستيجار يعني ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا ان يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى فانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيه غير السكنى صورة المسئلة ما قال استأجرت هذه الدار بكذا شيئا ولم يبين شيئا يعمل فيه السكنى او غيره عيني (قوله وانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال ان السكنى متفاوت فكيف ينصرف ... (يعني يتفاوت السكنى بتفاوت السكان فلا بد من بيانه عيني (قوله كل شيء اي ما لا يضر بالبناء وذلك نحو الوضوء وغسل الثوب وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك (قوله قصار الثياب ان يجمع القصار فيغسلها (مغرب) في المغرب الشرب بالكسر النصيب من الماء وفي الشريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع والدواب ...

بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده (فلا اجر له) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب) بالاجماع لان الحمل لم ينتقض (وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له) في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

(قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد (وله ان يعمل كل شيء) للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة (قال ويجوز استيجار الاراضي للزراعة) لانه منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع في الحال الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا بد فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة (او يقول ان يزرع فيها ما شاء) لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة (ويجوز ان يستأجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا) لانها منفعة تقصد بالاراضي (ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان

(قوله ويسلمه) اى يسلم الارض اى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغرس عينى (قوله وامكن رعاية الجانبين اى رعاية جانب صاحب الارض باجر المثل وجانب صاحب الزرع بالترك عينى (قوله الا ان يختار الخ يعنى عند مضى المدة يجب عليه قلع البناء والغرس الا ان يغرم له المؤجر قيمة البناء والغرس مقلوعا تبيين (قوله صاحب ﴿ ٢٢٣ ﴾ الغرس الغرس اعم من الشجر فان الشجر اسم لماله ساق والغرس يتناول ماله ساق وما ليس له ساق والحكم فى النوعين سواء عينى (قوله وفى الجامع الصغير الخ اورد مسئلة الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالزرع (قوله وان اطلق الركوب الخ المراد بقوله فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب من شاء واذا قال استأجرت للركوب فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد ولا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانما ارتفعت من الابتداء لانها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء ولو ارتفع الجهالة من الابتداء صح فكذا ههنا (قوله والذى يضر الخ اى فان قيل قد يتفاوت السكان ايضا فان سكنى بعض يضر كالحداد ونحوه اجاب بقوله الذى يضر بالبناء الخ ع (قوله ضمن نصف قيمتها) وعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره او لا يردف ثم يملك الخيار فى ذلك ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن الرديف فان ضمن المستأجر لا يرجع على الرديف مستأجرا كان او مستعيرا وضمن الرديف رجع هو على المستأجر ان كان ذلك الرديف مستأجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كفيه

البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة) لانه لا نهاية لهما ففى ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال (الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال (او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا) لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال (وفى الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض رطبة فانها تقلع) لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال (ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل) لانه منفعة معلومة معهودة (فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء) عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون فى الركوب فصار كانه نص على ركوبه (وكذلك اذا استأجر ثوبا للبس واطلق جاز فيما ذكرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس فى اللبس (وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا) لان الناس يتفاوتون فى الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذى يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال (وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر او اقل كالشعير والسمسم) لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول (وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد) لانعدام الرضاء به (وان استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع فى موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها (قال وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها

(قوله بالفروسية اراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب كيف يقعد على ظهر الدابة وكيف
وكيف يضع رجليه وكيف يمسك اللجام والعنان عيني (قوله كعدد الجنب فيما اذا جرح رجل رجلا
واحدة والآخر عشر جراحات فمات منها يضمنان نصفين لان رب جراحة واحدة
من عشر جراحات ع (قوله بخروجه عن العادة كما اذا كانت الزيادة على مثل ما لا
ايحمل عليها مثلها من شعير ومثله مثل كيلها ... فحينئذ يضمن جميع القيمة
الاذن بخلاف ما اذا كانت مثل جنسه لانه مأذون في مقدار المسماة وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونظيره ما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن جزءا من احد عشر وان كانت الزيادة من الجنس واجيب بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن غاصب وفي استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن بالجميع ع (قوله مما يدخل تحت مطلق العقد لان المعروف عرفا كالمشروط شرعا وربما لا ينقاد الدابة الا به فيكون الاذن ثابتا فيه بالعرف ك (قوله الى الحيرة بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة والقادسية موضع والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كذا في المغرب ع (قوله وهذا اولى لانه لما

والركوب يختلف باختلاف الراكب ... ولان الآدمي غير مأذون فيه ... الوزن فيعتبر بما اذا الراكب كعدد الجنب في الجنايات (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وبما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة قال (وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونهما وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسألة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح قال (ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا اولى (وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله ... وقالا يضمن بحسابه) لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض

بالزيادة

ضمن بالسرج الآخر مع انه من جنسه فبضمان بالاكاف وانه من خلاف جنسه اولى ك (قوله وقالا يضمن بحسابه تكلموا في معنى هذا القول المراد انه يضمن بقدر ما زاد السرج باعتبار من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها وقيل بحسابه في الثقل والخفة حتى لو كان وزن السرج منوين والاكاف ستة امنا يضمن ثلثي قيمتها عيني

(قوله لأنه لا يحمل الخ) إشارة إلى المخالفة المعنوية (قوله وكذا ينبسط الخ) إشارة إلى المخالفة الصورية فتحققت
فيه صورة ومعنى فيضمن كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى أما صورة فظاهر
وأما معنى فلأن الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة فيكون أشق كذا ههنا أيضا ك (قوله كما إذا حمل الحديد
وهو مقدار) لأنه عكس ما نحن فيه من المثل إلا إذا حمل ذلك مثلا بالمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه ع
(قوله وإن بلغ) أي المتاع ﴿٢٢٥﴾ فإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترط أن يحمل إليه يعني

زيادة ضرر كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه ولأبي حنيفة أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الإكاف فيكون مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة قال (وإن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وإن بلغ فله الأجر) وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لأن عند ذلك التقييد غير مفيد أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لأنه صح التقييد فصار مخالفا (وإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وإن بلغ فله الأجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر فيضمن ما نقصها (ولا أجر له) لأنه غاصب للأرض على ما قررناه (ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به درهما) قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لأنه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار لأن القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشد وسطه فمن هذا الوجه يكون مخالفا لأن القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أي الجهتين شاء إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه إن شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والأصح أنه يخير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فإنه يخير كذا هذا

(قوله أما إذا كانت تفاوت) أي بين الطريقين بأن كان الطريق الذي أخذ فيه بالسلوك أوعر وأبعد أو أخوف فهلك المتاع ضمن ك (قوله فإنه تقييد مفيد) لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه فإذا خالفه صار متعديا فيضمن وإن بلغ المكان فله الأجر لحصول المقصود عس (قوله إلا أن الخ) جواب إشكال يرد على التفصيل تقريره أن يقال أن محمدا أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا اختلف الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد بهذا التفصيل عيني (قوله فلم يفصل) أي لم يفصل محمد بين الطريق مخوف أو غير مخوف بل قال طريق يسلكه الناس عيني (قوله لأنه ارتفع الخ) أي ارتفع مخالفة المستأجر من حيث المعنى لحصول غرض المستأجر وإن بقي الهلاك من حيث الصورة لأنه سلك غير ما عينه عس (قوله أضر بالأرض) فالحنطة تزرع في كل سنة والرطبة لا تزرع في كل سنة ولكنها
سنوات في كل سنة أي إن لم تجعل إضمارا لما قبله (أصله به مع ما يكفيه) ١٥ فكان الحبس مطلقا ومع اختلاف
أمر لا يكون هو مستوفيا للمعقود عليه ك (قوله إلى شر) وإن زرع في الأرض ما هو أقل ضررا
من الحنطة يلزمه الأجر المسمى لأنه خلاف إلى خير فلم يصر به غاصبا ك (قوله ولا أجر له) لأن الأجر والضمان
لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزم التعدي وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ع

باب الاجارة الفاسدة

قال (الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى) وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه وهي الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة جاز) لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح فلو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه وليس للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانها هي الاصل (وان كان

(قوله باب الاجارة الفاسدة) تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا ... نتائج (قوله تفسدها الشروط) مثل ان يستأجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء فالاجر عليه لان ... الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل ... يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة تثبت على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كا... لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة الا ترى ان النكاح لما انبنى على المسامحة والمساهلة لا ... بالشرط (قوله والواجب الخ) المعنى ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تتصور فيه اما اذا لم يكن هناك اجر مسمى او كان المسمى مجهولا لا يمكن ان يجاوز المسمى بشيء اصلا للقطع بان المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغو ان يقول هناك لا يجاوز المسمى باجر المثل فصار لخصوص المعنى ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الا ان يكون هناك مسمى معلوم فح لا يجاوز به المسمى بل يجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب اجر المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن هناك مسمى معلوم ووجوب الاقل من اجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم نتائج (قوله اعتبارا ببيع الاعيان) لان البيع اذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عنده كالاعيان ع (قوله ولنا ان الخ) اي لنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضروري يتقدر بالضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة تقع تبعا للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في العقد الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى ع

رقوله الاول بالايام فيكون احدعشر شهرا بالهلال وشهر بالايام ويكمل مابقى من الشهر الاول من الاخير
ع (قوله انه متى الخ اى لما تعذر اعتبار الشهر الاول تعذر الثانى ايضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب
تكميله مما يليه والا لزم لان يكون الثانى والثالث وجميع الاشهر التى بعده قبل الاول وهو محال فاذا كمل من
الثانى انتقص الآخر فيجب تكميله من الذى يليه وكذا كل شهر الى آخر مدة تبيين (قوله وقصر الخ
قال فى كتاب الطلاق ثم ان كان

فى اسم الشهر فالكل بالايام) عند ابى حنيفة وهو رواية عن ابى يوسف
وعند محمد وهو رواية عن ابى يوسف الاول بالايام والباقى بالاهلة لان الايام
يصار اليها ضرورة والضرورة فى الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدء الثانى
بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر فى الطلاق (قال ويجوز
اخذ اجرة الحمام والحجام) فاما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع
المسلمين قال عليه السلام مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام
فلما روى انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل
معلوم باجر معلوم فيقع جائزا (قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس) وهو ان
يواجر فحلا لينزو على اناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس
والمراد اخذ الاجرة عليه قال (ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم
القرآن والفقه) والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه
عندنا وعند الشافعى يصح فى كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل
معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به وفى
آخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى عثمان بن ابى العاص وان اتخذت مؤذنا
فلا تأخذ من الاذن اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا
تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما فى الصوم والصلوة ولان التعليم مما
لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه
فلا يصح وبعض مشائخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر
التوانى فى الامور الدينية ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال
(ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهى) لانه استيجار على
المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند ابى حنيفة
الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة) وصورته ان يؤجر نصيبا من داره
او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر
المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين
وصار كالبيع ولابى حنيفة انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم

الشهور بالاهلة وان كان
فى اول الشهر يعتبر الطلاق
فى الوسط فبالايام فى حق
التفريق وفى حق العدة
كذلك عند ابى حنيفة وعند
هما يكمل الاول بالآخر
والمتوسطات بالاهلة وهى
مسئلة الاجارات ع (قوله
ويجوز اخذ اجرة الخ انما
ذكرهما فى الاجارة الفاسدة
مع كونه جائزا الا ان لبعض
الناس فيه خلافا فان بعض
العلماء كره غلة الحمام اخذا
بظاهر قوله عليه الصلوة
والسلام الحمام شر بيت
ومنهم من فصل بين حمام
الرجال والنساء فكره اتخاذ
الحمام للنساء لانهن نهين
عن البروز وامرن بالقرار
وروى عن احمد بن حنبل
انه لم يبح اجرة الحمام
والصحيح عند عامة العلماء
انه لا بأس باتخاذ الحمام
للرجال والنساء جميعا للعامة
والحاجة فى حق النساء
اظهر لان المرأة تحتاج
الى الاغتسال عن الجنابة
والحيض والنفاس ولا يمكن
لهن فى الانهار والحياض ويمكن للرجال

وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم دخل
حمام الجحفة وتأويل ما روى عن الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد الستر فلا بأس بالدخول
ولا كراهة فى غلة الدور والحوانيت ع (قوله ولا يجوز اخذ اجرة الخ اى كراء عسب التيس فانه اخذ المال
مقابلة ماء مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس
فى وسعه وهو يبتنى على نشاط الفحل ايضا ك

(قوله واما التهايؤ الخ جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام العقد بواحد فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشئ مما يتأخر عنه ثبوتا ع (قوله فالكل يحدث على ملكه وهذا بخلاف الرهن لان بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس الدائم اذ لا تصور له في الشريك والاجنبي سواء فاما ههنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة بل انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في الشريك وبخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء ك (قوله على ملكه فان البعض له بحكم الملك والبعض بحكم الاجارة فكل المنفعة يحدث على ملكه فلا شيوع عيني (قوله والاختلاف الخ جواب عما يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك منتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجودا ع (قوله اذا ثبت الخ فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ع (قوله لان الاجرة مجهولة لان الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة وكذا الكسوة عيني (قوله (والكسوة) ومعنى تسميته الطعام دراهم ان يجعل الخ قال صاحب النهاية هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ وقد وجه بعضهم بان الطعام منصوب على نزع الخافض اى للطعام والمراد بالتسمية هو التعيين اى عين الطعام بدراهم مل

المدع ومده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشئ يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وبخلاف ما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضر على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال (ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة) لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه (ولو سمى الطعام وبين قدره جاز) ايضا لما قلنا (ولا يشترط تأجيله) لان اوصافها اثمان (ويشترط بيان مكان الايفاء) عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع

قوله من غسل ثياب الحرّاى اذا تلطخ من النجاسة اما لا يجب غسل الثياب بسبب الوسخ والعرق فيه به
قوله فان هذا ايجار مصدرا واجرته اذا صببت في وسطه دواء عيني (قوله فاسالم يجب الاجر اى اسا
يجب الاجر لامك ان العمل لالانتفاع اللبن فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين
موانس عيني (قوله فيصير في معنى الخ فان قيل اذا كان عرف دياره على ذلك فهذا يترك به القياس

الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم (وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطيها) لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الاترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه (فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي فلهذا كان لهم ان يفسخ اذا مرضت ايضا (وعليها ان تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة (وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها) لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو ان يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج والمحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر

قيل لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النصوص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص من الثلاثة قيل لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه ع (قوله وقد نهى النبي الخ قلت اخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما في كتاب البيوع عن ابي سعيد الخدري قال نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان ت (قوله وهذا ان النهي ذكرنا من فساد الاجارة فيما اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه (قوله بخلاف ما اذا استأجر الخ وفي المسئلة الاولى المنفعة صارت محمولة بعمل الاجير فكان في معنى قفيز الطحان فيكون فاسدا فيجب اجر المثل عيني (قوله حيث لا يجب الاجر فيه نظر كيف يقول لا يجب لانه قد وجب وقبض وهو نصف الطعام عيني (قوله ملك الاجر الخ فان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة ع (قوله

ولا يجاوز بالاجر الخ متصل بقوله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه

(قوله عند محمد واما عند ابي يوسف فلايجاوز باجرة تمت ثمن ذلك لانه رضي ببعض المسمى حيث اشتركا وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهو بينهما على السواء ع (قوله العشرة المخاتيم الخ المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم اعلاه فلا يزاد ولا ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين ع (قوله لانه يجعل المعقود عليه عملا دون

بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال (ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة قال ابو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة انه تصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال (ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد) لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالمثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال (وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي هو جائز على هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس

اليوم فاذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم للتعجيل فكأنه استأجر للعمل على ان يفرغ منه في اول اوقات الامكان فيجعل عليه تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما ويرجح كون العمل مقصودا دون الوقت فيتبين (قوله مجهول اى جهالة مفضية الى النزاع فانه ذكر شيئين مختلفين يصلح كل واحد منهما ان يكون معقودا عليه فل (قوله ولا ترجيح اقول لقائل ان يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه فتأمل (قوله فيفضي الى المنازعة فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل فالآن يطالب الاجير الاجر نظرا الى الاول وهو ان المعقود عليه الوقت ويمتنع المستأجر نظرا الى الثاني وهو ان المعقود عليه العمل ع (قوله لانه للظرف والظرف لا يقتضي استيعاب المظروف فلا يكون ذلك اعلاما للمنفعة فلا يبلغ المنفعة معقودا عليها فيعمل العمل المعقود عليه ك (قوله بخلاف قوله اليوم لانه للمدة لانه بدون في فيستغرق جميع الظرف فيصلح ان يكون معقودا عليه ويلزم الجهالة عيني (قوله في الطلاق اى في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في مسئلة انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار ك

(قوله فيكون عاملا الخ) لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى الغير وبدون التسليم لا يجب الاجر
فيه لا مر انه عامل للغير ايضا لكن جعله عاملا لنفسه اولى لان الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع ما فيه
من تصليت المدعي المعدوم ولانه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا للغير يجب فلا يجب بالشك
ولان الحمول لما كان مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا كالحال لانه عرض وهو
لا يجري (قوله انما هو ملك) نصيبه وهو المنفعة فان المستأجر للعبد المشترك يملك
منفعة نصيب صاحبه يعني
(قوله ارتفعت الخ) فان
قيل لو ارتفعت الجهالة بمجرد
الزراعة لكن جاز ان يكون
ما زرعه مضرا بالارض فيقع
المنازعة بهذا السبب قلت
المانع المفسد هو توقع المنازعة
فيهما في تعيين المعقود عليه
وقد زال هذا التوقع فجاز
العقد بل (قوله والخيار
الزائد بان شرط خيار
الشرط اربعة ايام فلما
اسقط اليوم الرابع قبل مجيئه
فان قلت ان هاتين
المسئلتين اختلف فيهما زفر
فانه لا يقول بالانقلاب من
الفساد الى الجواز فيهما
فكيف يصح جعلهما نظيرين
قلت لما ظهر بطلان قول
زفر فيهما صارتا بمنزلة
المجمع عليهما فصح جعلهما
نظيرين على انه يحتمل
ان يكون هذا من قبيل رد
المختلف الى المختلف لزيادة
الايضاح بل (قوله على
ما ذكرنا الخ) وهو قوله وجه
الاستحسان ان الجهالة
ارتفعت قبل تمام العقد
فانه لما حمل عليه ما يحمل
الناس من الحمل فقد تعين وارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة فانقلب الى الجواز ووجب المسمى
وفي القياس يجب اجر المثل عيني (قوله شرع في ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع
في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه نتائج
الافكار (قوله قال الامام المطرزي في المغرب واما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في انه
فعيل بمعنى مفاعل انتهى نتائج

لصحة ولا جامعة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المعقود
(اذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه
على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له) وقال الشافعي له المسمى
لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر
دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له
الثياب ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في
الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه
لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه
فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع
ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما
هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع
(ومن استأجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة)
لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر
بالارض ومنه ما لا يضر بها فلم يكن المعقود عليه معلوما (فان زرعها ومضى
الاجل فله المسمى) وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر
لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت
قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار
كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن
استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل
الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه) لان العين المستأجرة
امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة (فان بلغ الى بغداد فله الاجر
المسمى) استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى (وان اختصما قبل ان يحمل عليه)
وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

(قوله وعلى رضي الله عنه قلت روى البيهقي من طريق الشافعي عن على انه كان يضمن الصباغ ...
(قوله وهو المعقود عليه الخ اقول فى تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل الصالح ... ذكره ...
قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور فى صورة تحريق الثوب من دقه من صور ...
دون الصور الثلث الباقية سيما دقه مرفى او امر باب الاجر متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر فى العين ...
كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم فى ...
فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع وكل صانع ليس لعمله اثر فى العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين فلا يتصور حبسه
فتأمل (قوله وانقطاع الخ جواب لما عسى ان يقال ان انقطاع الحبل ليس فى صنع الاجير فما وجه ذكره من جملة ماتلف بعمله عينى (قوله الا انه لايضمن الخ قيل انما عدم الضمان حال السقوط اذا كان هو ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لافرق وكذا رواه ابن سماعة عن ابي يوسف فى الوضع كذا ذكره التمرتاشي ولايقال ان ضمان بنى آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدى كفاية (قوله وقالا يضمن الامن حرق غالب اولصوص مكابرين استحسانا ردالمحتار (قوله اذا لم يكن من مزاحمة الناس (مانعه) كما فى الاصلاح فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت فى المشى مجمع الانهر
(قوله وفيه اشارة الى ان السفينة غرقت من ريح او ربع او صدمها لم يضمن كما فى القهستاني مجمع الانهر

(قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لايستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى اجيرا مشتركا (قال والمتاع امانة فى يده فان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر) لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لايمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لايمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لاتقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين امانة فى يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لوهلك بسبب لايمكن الاحتراز عنه لايضمنه ولوكان مضمونا يضمنه كما فى المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا ولهذا لايقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وما تلف بعمله كتحريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه) وقال زفر والشافعى لاضمان عليه لانه امره بالعمل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لوحصل بعمل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على مانذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا انه لايضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمى وانه لايجب

قوله لا يحمل العاقلة لان العاقلة انما يتحملون الدية باعتبار ترك الحفظ ولا يجب الحفظ في العقود
فكذلك لا تتحمل العاقلة ضمان العقود حميدية (قوله من الفرات انما وضع المسئلة في الفرات لان
الكل مباح هناك ك (قوله فوقع في بعض الطريق قيد بقوله في بعض الطريق لانه لو انكسر بعدما
بلغ المكان المشروط من غير جناية بيده فلا ضمان عليه وله الاجر عيني (قوله فانكسر ليس بقيد حتى انه
لو كسره عمدا فالحكم كذلك

والعقد وانما يجب الدية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله
العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق
فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمل ولا اجر له وان شاء ضمنه
قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه) اما الضمان فلما قلنا
والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا
انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا
الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن من الابتداء تعديا
وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني
له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا
قال (واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا
ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق
فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفي كل واحد
من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني
على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من
العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف
بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال (والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة
بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم)
وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة
له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا
ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) اما الاول فلان
العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين
الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل
الاعمال فتكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى
صارت مملوكة للمستأجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه
فصار فعله منقولا اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

عيني (قوله والحمل الخ اي والحال ان الحمل شيء واحد حكما اذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو ان يجعله محمولا الى موضع عينه عيني (قوله من هذا الوجه اي ان الحمل شيء واحد فيكون انكساره في الطريق كانكساره ابتداء عيني (قوله او بزغ البزاغ البزاغ نشتر زن بزغ البيطار الدابة اذا شقها بالمبزغ وهو مثل مشرطة الحجام ن (قوله نوع بيان لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان ك

(قوله لانه يبتني على قوة الخ فربما يكون ضعف المزاج فيسري الفعل الى النفس وربما يكون قوية
فلا يسري ابو المكارم (قوله وان لم يعمل اي سلم نفسه ولم يعمل مع التمكن اما اذا امتنع من العمل
ومضت المدة او لم يتمكن من العمل لعذر ومضت المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد تسليم النفس ك
(قوله ولا ما تلف من عمله بان تخرق الثوب من دقه او افسد الطبخ او احترق الخبز ونحو ذلك
عيني

﴿ باب الاجارة على احد الشرطين ﴾

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة اشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لابد في اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان) لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع

(قوله باب الاجارة الخ) لما فرغ عن ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين طبعا (قوله فارسيا) اى خياطا فارسيا بمعنى خياطة فارسية اى منسوبة الى صنعة فارس وهي التي يكون فيها الخياطة غرزة غرزة عيني (قوله روميا) اى خياطا روميا بمعنى خياطة رومية اى منسوبة الى صنعة الروم وهي التي تكون الخياطة فيه غرزتين غرزتين عيني (قوله بين ثلثة اشياء) اى في الصور المذكورة بان قال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان وان خطته تركيا فلك ثلثة دراهم فاى الاعمال عمل استحق الاجر المسمى وكذا اذا قال اذا صبغته بعصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان وان صبغته بورس ونحوه فلك ثلثة دراهم وكذا اذا قال ان سكنت هذه الدار فعليك كل شهر خمسة وان سكنت هذه فعليك عشرة وان سكنت هذه فخمسة عشر وكذا لو قال آجرتك هذه الدابة الى بغداد بعشرة والى واسط بخمسة عشر والى الكوفة بعشرين عيني (قوله بين اربعة) اى بين اربعة انواع من الفعل بان قال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان وان خطته [illegible] فاربعة عيني (قوله البيع) بان باع احد الثوبين على ان يأخذ ايهما شاء جاز وكذا اذا قال بعت احد الاثواب الثلثة على ان يأخذ ايها شاء وفي الزائد على الثلثة لا يجوز عيني (قوله دفع الحاجة) وهي تندفع بالثلثة لاشتمالها على الجيد والوسط والردي ولا حاجة الى الاربعة لاندفاعها بما دونها (قوله لابد من اشتراط الخيار الخ) فانه اذا خيره بين ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء يكون للمشتري الخيار وكذا اذا خيره بين ثلثة عيني (قوله فله درهم) لان الشرط الاول جائز والثاني فاسد ولهذا يجب المسمى في الاول واجر المثل في الثاني مل

(قوله عندابى حنيفة اما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف الدرهم ولايزاد عليه عينى (قوله ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابى حنيفة خاصة كما فى نظائرها (قوله بخلاف الخ اى من قبيل مسئلة خياطة الرومية والخياط الفارسية فى الجهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجاب عنه بقوله بخلاف الخ (قوله هو الاصل ان الاصل

استحسان فان خاطه فى اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند ابى حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى مابعد الغد اولى (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم فى الشهر وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز واى الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابى حنيفة وقالا الاجارة فاسدة وكذا اذا استأجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابى حنيفة وقالا لايجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف ومن استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز فى قول ابى حنيفة وقالا لايجوز) وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما فى هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابى حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الاترى انه لايدخل ذلك فى مطلق العقد وكذا فى اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الامرين للتيقن به

باب اجارة العبد

(ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلابد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار فى الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة فى الحضر لايبقى غيره داخلا كما فى الركوب (ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر

عندهما ان الاجر متى وجب بالتسليم من غير عمل ولايدرى عند التسليم ايهما يجب يفسد العقد ك (قوله والاجارة تنعقد الخ جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهو ان الغالب فى الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة فالظاهر ان لايخلو عن الانتفاع واذا جاز الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع واحتيج الى ايجاب الاجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بادنى العملين اذا نقل لايجب بالشك وقيل يجب الاقل ويتنصف الفصل وقيل ينتصف كل واحد منهما فلايتمكن الجهالة بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شئ معلوم ببدل معلوم وضم اليه الزائد بزيادة فى البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل فى المعقود عليه ك (قوله فليس له الخ متى سافر به يضمن لمولاه لانه صار غاصبا ولورده الى مولاه سالما لااجر له عندنا عينى (قوله جعل السفر الخ يعنى اذا استأجر غلاما ليخدمه فى المصر واراد المستأجر ان يسافر فهو عذر فى فسخ الاجارة لانه لايتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر المستأجر فلهذا جعل عذرا ك

(قوله فصار كما اذا هلك العبد اى فى ذلك العمل فانه يجب على المستأجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل لان المستأجر صار غاصبا له باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر ك (قوله فآجر العبد نفسه لانه لو آجره الغاصب لا اجر له لانه لا يملكه ولا ضمان على الغاصب بالاكل بالاتفاق عينى (قوله بغير اذنه كالزيادة المنفصلة من الاعيان المغصوبة اذا اتلفها الغاصب ن (قوله على ما مر اشارة الى قوله وجه الاستحسان ان التصرف نافع الخ ن (قوله وهذا غير محرز لان الاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك او يد نائبه ويد المالك لم يثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد فى يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما فى يده فان قيل يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه الغاصب يضمنه وان لم يكن محرزا فى حق الغاصب قلنا الولد متقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهى غير متقومة فكذا ما حصل منها ك (قوله فى حق الغاصب اى غير محرز للمولى فى حق الغاصب ولكن محرز للمولى فى حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب فى يد العبد يضمن له

ان يأخذه منه الاجر) واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر ان يأخذه منه الاجر (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن) لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز فى حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما فى يده (فان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر فى قولهم جميعا) لانه مأذون له فى التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة) لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلى العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثانى الى ما يلى الاول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستأجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تأتينى بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانهما اختلفا فى امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة فى نفسه اصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف فى الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمل قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتنى اصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله

(قوله فى جريان ماء الخ فان مستأجر الرحى اذا اختلف مع صاحب الرحى فى جريان الماء فى المدة فان [illegible] القول قول من يشهد له الحال فان كان الماء منقطعا وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى وان كان جاريا فالقول لرب الرحى مع يمينه وان اختلفا فى قدر الانقطاع فقال المستأجر عشرة ايام وقال الآجر خمسة ايام فالقول للمستأجر والبينة للآجر هو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة فى نفسه اذ الترجيح ابدا انما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرف فى اصول الفقه ك

وكذا اذا انكر صبغه لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال (واذا امر [illegible]) ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يتخير في مسئلة الصبغ اذا خالف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب) لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اى خليطا له (فله الاجر والا فلا) لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم

باب فسخ الاجارة

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما زال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه موت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع

(قوله ما مر من قبل اى باب الاجارة الفاسدة في مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيط قميصا بدرهم فخاطه قباء ك (قوله يضمنه اى يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعنى قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثاني اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعه عن محمد ع (قوله لانه بمنزلة الخ فللصباغ اذا خالف بصبغ الاصفر وكان اذنه احمر فان شاء رب الثوب ضمنه قيمة ثوب ابيض وان شاء اخذه واعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا اجر له عيني (قوله بمنزلة الغاصب لانه لما خالف امر الآمر في الوصف صار بمنزلة الغصب ك (قوله اذ هو يتقوم الخ ولا عقد ههنا حيث ادعى العمل بغير امر ودعوى العمل بغير اجر اعانة تبرع ك (قوله حريفا له الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف وهو الاكتساب وحريف الرجل معامله وفسره ههنا بالخليط واراد من يكون بينك وبينه اخذ واعطاء مثل ان كان الرجل يعامل قصارا وكان يدفع اليه الثوب باجرة ويقاطعه ووقع الثوب اليه في هذه النوبة ولم يقاطعه فله اجر مثل عمله اى القول قوله في انه عمل باجر ك (قوله باب فسخ الاجارة ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد يعقب وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا نتائج (قوله يضر بالسكنى قيد العيب بالاضرار بالسكنى لانه اذا كان عيبا لا يضر بالسكنى كما اذا سقط حائط ولم يكن محتاجا اليه في السكنى لم يثبت الخيار وكذا لو كان المستأجر عبدا للخدمة فسقط شعره او ذهب احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة لم يثبت له الخيار عيني (قوله فكان هذا الخ كل جزء منه بمنزلة الابتداء وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ع

به لغير الطاعن فعليه من الاجر بحصته) لانه ضرر من المعقود عليه فان

(واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة) لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (وان عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصى والمتولى فى الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال (ويصح شرط الخيار فى الاجارة) وقال الشافعى لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه فى المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه فى الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعى لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة) لان فى المضى عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا فى السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا اذا آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضى العقد وباعها فى الديون) لان فى الجرى على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضى العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر

(قوله وكذلك لا يجوز اى صيرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مال كونهما مستحقا بالعقد لا يجوز عينى (قوله مثل الوكيل اى اذا عقد الوكيل للموكل ثم مات الوكيل لا تنفسخ وكذا اذا عقد الوصى للصبى فمات الوصى لا يبطل العقد وكذا اذا مات المتولى لبقاء المستحق والمستحق عليه ك (قوله لانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه فى الابتداء كان واقعا لغير العاقد وهى بعد الموت كذلك ع (قوله لفوات بعضه فان بعضه فات فى مدة الخيار فلا يتمكن من رد كل المعقود عليه فاذا لم يتمكن بطل عينى (قوله وكل ذلك اى عدم امكان رد المعقود عليه بكماله اذا كان الخيار للمستأجر وعدم امكان التسليم ايضا على الكمال اذا كان الخيار للمؤجر عينى (قوله يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت فى الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين فى المبيع يمنع الفسخ كذا هنا ع (قوله عقد معاملة هذا احتراز من النكاح فان مطلق المعاملة ينصرف الى المعاوضات وفى بعض النسخ انه عقد مقابلة اى معاوضة لان فيها تقابل العوضين واما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة ك (قوله لا يستحق القبض الخ احتراز عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط فى المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار ك (قوله حدادا اراد به قلاع السن واطلاق الحداد (عن) عليه باعتبار تلك البلاد فان عندهم لا يقلع السن غالبا الا الحداد عينى (قوله فسخ القاضى العقد اختلفوا فى فسخ القاضى قبل بيع الدار فيتعقد البيع فتنفسخ الاجارة ضمنا وانما لا ينتقض قصدا لانه لو نقضها قصدا ربما لا ينفق البيع فيكون النقض ابطالا لحق المستأجر قصدا ص

(قوله ظاهرا بان اختلعت المرأة اومات فيما اذا استأجر لطبخ طعام الوليمة اومات الولد اذا
استأجره لبخته اوبرئت اليد اذا استأجر لقطعها من الاكلة اوسكن وجع سنه اذا استأجر لقلعه عيني
(قوله ثم بداله معناه ان بداله صلاح خلاف ماقصده من السفر فالفاعل مضمر لامعروف بدلالة محل الكلام
عليه بصيغ عود الضمير اليه كمافى قولهم ان كان غدا مأتمي اى ان كان مانحن فيه عليه غدا مأتى اعظمي

مال الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لايحتاج فيه الى قضاء القاضي
ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى المبيع على مامر فينفرد
العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي
ومنهم من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لايحتاج الى القضاء وان كان غير
ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر
كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر
عليها ثم بداله من السفر فهو عذر) لانه لومضى على موجب العقد يلزمه
ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته اولطلب غريمه فحضر
اوللتجارة فافتقر (وان بدا للمكارى فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه ان يقعد
ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره (ولومرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب)
على رواية الاصل وذكر الكرخي رحمه الله انه عذر لانه لايعرى عن ضرر فيدفع
عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه
لايلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد
قال (واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه
الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل
المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط
والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان اراد ترك الخياطة وان يعمل فى الصرف
فهو ليس بعذر) لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة فى ناحية وهو يعمل
فى الصرف فى ناحية وهذا بخلاف مااذا استأجر دكانا للخياطة فاراد ان
يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث يجعل عذرا ذكره فى الاصل لان الواحد لايمكنه
الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما (ومن استأجر غلاما
يخدمه فى المصر ثم سافر) فهو عذر لانه لايعرى عن الزام ضرر زائد لان
خدمة السفر اشق وفى المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون
عذرا (وكذا اذا اطلق) لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف مااذا آجر عقارا
ثم سافر لانه لاضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود
عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من
السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر ﴿ مسائل منثورة ﴾

(قوله لانه لايعرى الخ يعني ان الدعث على يد الغير لايعرى عن نوع ضرر فيعتبر عذرا فى حالة القدرة مثل (قوله وانه امر زائد كشف هذه المسئلة موقوف على معرفة المنفعة والضرر فنقول المنفعة اللذة وما يتوسل به اليها والضرر الالم ومايتوسل به اليه فمنفعة الشخص لذة حاصلة له بالفعل اووسيلتها الحاصلة بالفعل واما عدم حصول المنفعة المترقبة فليس بضرر كالربح والا يكون كل شخص فى كل آن متضررا لعدم حصول الربح والبداهة شاهدة على بطلان كونه ضررا العدم وجدان الالم اذ المنفعة المترقبة امر زائد على حقيقة المنفعة فلا يكون فواته ضررا لما عرفت من معنى الضرر اعظمي (قوله فلا يتحقق الخ قيل ويتحقق افلاسه بان يظهر خيانته عند الناس ويمتنعون عن تسليم الثياب اليه او يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لايأمنون على امتعتهم عيني (قوله عذر قيل
بان قال المستأجر لايريد السفر لكنه يريد فسخ الاجرة واصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضي
يسأله عمن يسافر معه وان قال فلان فلان فالقاضي سألهم ان فلانا هل يخرج معكم ام لا فان قالوا نعم يثبت
السفر والا فلا وقيل اذا انكر المؤجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك عزمت
على السفر واليه مال الكرخي والقدوري ع

(قوله فاحرق الحصائد الحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود واريد به هنا ما بقى من اصول القصب المحصود ن (قوله غير متعد الخ) والضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدى فى سببه الا ترى ان من حفر بئرا فى داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعد ك (قوله وقيل هذا) قال شمس الائمة السرخسى هذا اى عدم الضمان باحراق الحصائد اذا احترق شئ من ارض اخرى

قال (ومن استأجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شئ فى ارض اخرى فلا ضمان عليه) لانه غير متعد فى هذا التسبب فاشبه حافر البئر فى دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر فى ارضه قال (واذا اقعد الخياط او الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد) وفى القياس لا يجوز وهو قول الشافعى رحمه الله للجهالة وقد يفضى ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال (وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود) لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه فى الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل) لانه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق فله ان يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

﴿ كتاب المكاتب ﴾

قال (واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا) اما الجواز فلقوله تعالى «فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا» وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب

(قوله واذا اقعد الخ) صورة المسئلة اذا كان للقصار او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد فى دكانه رجلا حاذقا يقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابا من شئ فهو بينهما نصفان ك (قوله لان هذه شركة الوجوه الخ) قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز فيه نوع اشكال من تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجاهتهما ويبيعا وليس فى هذا بيع ولا شراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه انتهى ويمكن ان يقال ان معنى كلامه ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه اى عقد شركة التقبل بالوجاهة وقال صاحب معراج الدراية تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف وحسب القول بصحته نابع (عبد ا) (قوله فلا مانع من العمل بالاطلاق) هو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وعدم المانع عيني

ويعتق عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد إلى الرق قال (ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء) لتحقق الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها إلي نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة) لأنه أتى بتفسير الكتابة ولو قال إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبا اعتبارا بالتعليق بالأداء مرة قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى وأما عدم

(قوله اختلاف الصحابة) قال زيد بن ثابت مثل قولنا وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى وقال ابن مسعود رضي الله عنه إذا أدى قدر قيمته يعتق وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريما من غرمائه وقال عبد الله بن عباس إذا أخذ الصحيفة صحيفة الكتابة يعتق في الحال بنفس العقد وهو غريم بما عليه من بدل الكتابة فيعتق به (قوله وإن لم يقل المولى الخ) قال الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا إن أديته فأنت حر عيني (قوله كما في البيع) يعني لا يحتاج فيه إلى قول البائع للمشتري إن ملكتني الثمن ملكت المبيع (قوله ولا يجب حط شيء الخ) وقال الشافعي يجب حط ربع البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم وعن علي عنه موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله عليه السلام أنه قرأ هذه الآية وقال هو ربع الكتابة ولنا أن المراد بالإيتاء دفع الصدقة إليهم روي عن جماعة من الصحابة وهو الظاهر لأن الإيتاء يدل على التمليك وذا في التصدق عليهم لأن الحط لا يكون تمليكا ك (قوله اعتبارا بالبيع) أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه كما لا يجب في البيع عيني (قوله ويجوز مؤجلا) أي غير منجم بأن أجله إلى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين مل (قوله لعدم الأهلية) أي أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجل الرق لأنه كان مملوكا لا يقدر على شيء وفي زمان يسير لا تثبت القدرة عادة على الكسب على مال كثير عيني (قوله ظاهر ما تلونا) من غير شرط التأجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص نسخ من وجه ك (قوله وفي الحال) أي في الكتابة الحالة يرد إلى الرق كما عجز لأن شرط الفسخ عجز المكاتب عن أداء البدل وقد وجد ك

الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتعجيل العتق ويتحقق بتأخيره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه (فان اعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق له وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان (وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان اتلف مالا لها غرم) لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يكن كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

﴿ فصل في الكتابة الفاسدة ﴾

قال (واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال (فان ادى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه (واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن

(قوله فلما روينا وهو قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ك (قوله حق من وجه اي كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على العبد دينا ولهذا لا تصح الكفالة به ع (قوله ملحقة بالاجزاء والاعيان حيث قابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم ولو استحقت الجارية يغرم المشتري من العقر وقيمة الولد دون المنفعة فعلم ان الوطء في حكم جزء العين ولو كان في حكم المنفعة لما غرم شيئا (قوله فصل في الكتابة الفاسدة الخ اخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة نهايه (قوله اما الاول خبر عن مسائل الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شئ من الخمر والخنزير في حق المسلم فكانما صار المسئلة واحدة نهايه (قوله كما اذا كاتب الخ وانه لا يجوز لان الثوب او الدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة كما في النكاح ك (قوله ولانه تنصيص الخ فان قيل لو كاتبه على عبد وسط او وصيف مطلق يجوز وان كانت القيمة تجب بعينه النسبة حتى لو اتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا القيمة فيما نحن بصدده يجب قصدا لا حكما لمكان التصريح بالقيمة ويجب ثمة حكما لا قصدا لانه تصريح بالعبد وقد يثبت الشئ حكما وضمنا لغيره وان كان لا يثبت قصدا كبيع الاجنة ونحوها ك (قوله عتق سواء قال له ان اديت فانت حر او لم يقل لان العقد ينعقد وان كان فاسدا ويعتق بالاداء (قوله كما اذا كاتب على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينهما الا اذا قال ان اديت الي فانت حر واذا لم يقل فلا يعتق بادائهما لان العقد لم ينعقد اصلا فيعتبر فيه التعليق عن

﴿ المسمى ﴾

المسمى ويزاد عليه) لانه عقد فاسد فيوجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه فى العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة فى الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شئ يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهى لغيره جاز لانها لا تتعين فى المعاوضات فيتعلق بدراهم دين فى الذمة فيجوز وعن ابى حنيفة فى رواية الحسن رض انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد فى الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا ان العين فى المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما فى البيع بخلاف الصداق فى النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى ولو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابى حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال فى الكتاب والجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابى يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما فى النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين ففى ابى حنيفة رواه ابو يوسف انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الى فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابى يوسف وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد

(قوله وهذا) اى ما ذكر من عدم النقصان من المسمى والزيادة عليه لان المولى الخ ... ع (قوله والعبد رضى به) اى الظاهر من حال العبد انه يرضى بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية او لان العبد لما رضى بالكتابة الفاسدة والواجب فيها القيمة فقد رضى باداء قيمته وان زادت القيمة على المسمى ك (قوله يعتق باداء القيمة) وقيمته تعرف بتصادقهما لان الحق بينهما واما بتقويم المقومين فان اتفق اثنان منهم على شئ جعل ذلك قيمة وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين عينى (قوله وامكن اعتبار الخ) بان ادى ما لا يختلف المقومون فيه وان يقوم احدهم بثلاثين والآخر بخمسة وثلاثين والآخر باربعين فلما لم يجاوز احدهم من اربعين فقد ادى اربعين فيكون مؤديا قيمتها عينى (قوله واثر الجهالة الخ) اى فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يفيد البطلان ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله واثر الجهالة فى الفساد لا فى البطلان كما فى البيع فانها تفسده لا تبطله ك (قوله بخلاف ما اذا كاتبه الخ) جواب عما يقال الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغى ان يعتق باداء ثوب كما يعتق باداء القيمة فقال بخلاف الخ (قوله باداء ثوب) لانه يختلف اختلافا فاحشا لا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا يعتبر اصلا حتى لو ادى قيمته ايضا لا يعتق عينى (قوله على ما قال فى الكتاب) اى فى الجامع الصغير اشار به اى قوله وكذلك ان كاتبه على شئ الخ ع (قوله والمسئلة الخ) اى فرض المسئلة فى ذلك على ما بيناه من مراده شئ يتعين بالتعيين ع (قوله كما فى النكاح) فانه اذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه صح العقد فان رضى مالك العبد بدفعه اليها والا يجب على الزوج قيمة العبد عينى

(قوله على عين اى على عين هي من كسبه بان كان مأذونا في التجارة ك (قوله ففيه روايتان في رواية
كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز ع (قوله وهي مسألة الكتابة على الاعيان وهي التي ذكرها
في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره ع (قوله وقد عرف ذلك في الاصل اى في المبسوط
ذكر فيه عبد مأذون له في التجارة وفي يده عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين فيه روايتان
اما اذا كان دراهم او دنانير

لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد
المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك
في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (واذا كاتبه
على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة)
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار
على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون
مكاتبا بما بقي) لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى
الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه
لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا
فكذلك مستثنى قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة)
استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى
الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس
مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة
واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة
فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس
لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه
يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتني على المسامحة بخلاف
البيع لان مبناه على المماكسة قال (واذا كاتب النصراني عبده على خمر
فهو جائز) معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لانه مال في حقهم
بمنزلة الخل في حقنا (وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع
عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين
فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع
الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض
لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى
بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد
صحيحا على القيمة فافترقا قال (واذا قبضها عتق) لان في الكتابة معنى المعاوضة

حصلت من كسبه يصح على
اتفاق الروايتين ك (قوله
وجه الروايتين وجه الجواز
ان هذه كتابة على بدل
معلوم مقدور التسليم ووجه
الفساد ان الكتابة شرعت
على وجه يختص بمكاسبه
فيثبت حرية اليد في الحال
ويتراخى حرية الرقبة
الى وقت الاداء فلو جازت
الكتابة ههنا كان الاداء
من مال المولى لان اكسابه
وقت العقد مال المولى
فكانت الكتابة على مال
معقود للمولى لا على كسب
يوجد بعد الكتابة فلا
يفيد ملك المكاتب على
انه يثبت حرية اليد والرقبة
في حالة واحدة لا على وجه
التعاقب فيكون اعتاقا ببدل
ولا يكون كتابة ك (قوله
عبدا بغير عينه قيد بقوله
بغير عينه لانه لو كان العبد
معينا يجوز بالاتفاق لجواز
بيع العين بالاتفاق فكذا
استثناؤه عينا (قوله فيكون
مكاتبا الخ حتى اذا كان بدل
الكتابة مائة وقيمة العبد
خمسين يجب على المكاتب
اداء خمسين ويسقط خمسون في مقابلة العبد عيني (قوله وهو الاصل (هذا) يعني الاصل ان كل
ما يصلح ان يكون بدلا في عقد يصح استثناؤه منه ك (قوله انه لا يستثنى الخ لان الاستثناء من غير الجنس لا يجوز
فيكون استثناء قيمته حتى يكون الاستثناء من الجنس ولا يجوز استثناء القيمة لانه لا تصلح بدلا
لاشتمالها على نوع جهالة لاختلاف المقومين فيها فاذا استثنى قيمته من المائة بقي الباقي من البدل مجهولا ك

وقوله وقيمته من قبل ... او ... وهو من ادى المهر ... لا ... (قوله
... لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعل وما لا يجوز له
... التصرف بمعنى على العقد الصحيح ع (قوله ما يجوز للمكاتب الخ الظاهر ان اكتفاء المصنف
... هذا الباب على ما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه المقصود بالذات والا فقد ذكر في هذا الباب
كثير مما لا يجوز للمكاتب ان يفعله

... وعن ... موصيين في امرين ... العرض لامر ... عتق
... ان كان العبد ... لم تجز ... لان ... ليس من اهل ...
الامر ... وأداه عتق وقد بيناه من قبل

﴿ باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله ﴾

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال (فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال (ولا يتزوج الا باذن المولى) لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء (فان زوج امته جاز) لانه

تدفع (قوله البيع بالمحاباة وهو بيع شيء يساوي مائة بتسعين مثلا معناه العطية وقال الثلاثة لا يملك البيع بالمحاباة لانه تبرع كالهبة عيني (قوله لانه شرط الخ يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة ان تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة ع (قوله وهذا اي التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسدا وبين كون الشرط الغير المتمكن غير مفسد ك (قوله ضرورة التوسل الى المقصود اي مقصود المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر

(قوله المجاهزون والمجاهز عند العامة الغني من التجار وكأنه اريد به المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهزين (قوله ولا يتكفل سواء كان باذن المولى او بغير اذنه لانه ملك المولى لا في منافعه ومكاسبه موجود اذنه فيما هو تبرع ككفالته ك (قوله نفسا فان كفالة بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا يتأتى ذلك ثم ربما يعجز عن ذلك فيحبس عليه فيمتنع من الكسب فيتضرر به ...

(قوله كالاعتاق على مال اى اذا قال المكاتب لعبده اذا اديت الى الفا فانت حر لا يجوز فكذا ان يكاتب عبده لان الكتابة بدل كالتعليق عيني (قوله وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا ... في ذمة المشتري فلم يزل العبد عن ملكه وههنا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البدل ... فالكتابة اولى ك (قوله ولهذا اى لاجل ان الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل اليه يملك الاب ... او وصيه ان يكاتب عبد الصغير

اكتساب للمال فانه يملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك يكاتب عبده) والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا يثبت الملك للمولى قال (فان ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له) لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال (وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال (فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يزوج امته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال

عيني (قوله يوجب فوق ما هو ثابت له فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على اداء المال فهذا غير ثابت للمكاتب الاول ع (قوله فان ادى الثاني اى ان ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقق شرط عتقه (قوله لان له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان المولى بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول ع) قوله اضيف اليه اى اضيف العتق الى المولى لان الحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة عند تعذر الاضافة الى العلة عيني (قوله بعد ذلك اى بعد اداء الثاني بدل الكتابة وعتقه وكون ولائه للمولى مل (قوله وان ادى الثاني اى ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة بعد عتق المكاتب الاول باداء بدل الكتابة مل (قوله ولا من توابعه اى توابع الكسب وضروراته مثل ضيافة من يعامل معه والاعارة له والاهداء اليه بشيء يسير عيني (قوله هو قاسه الخ قيل استعمل لفظ القياس بين العبدين اى المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار بين الفعلين اى التزوج والاجارة لان المقاربة بين العبدين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليس الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك اليق مل

بغير مال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال وهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد (فصـــــل) قال (واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل فى كتابته) لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل فى كتابته عند ابى حنيفة وقالا يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة يشملهما ولهذا لا يفترقان فى الحر فى حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفى للصلة فى الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى فى غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثانى فى العتق وبالاول فى الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال (واذا اشترى ام ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد فى هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب فى قول ابى يوسف ومحمد لانها ام ولد خلافا لابى حنيفة وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه (وان ولد له ولد من امة له دخل فى كتابته) لما بينا فى المشترى (فكان حكمه كحكمه وكسبه له) لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيهما مؤكدا فيسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال (ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها

(قوله اذ هى مبادلة المال الخ) لان المنفعة فائتة مقام العين فيكون فى حكم المال وبهذا يصلح مهرا فى النكاح وابتغاء النكاح شرع بالمال عينى (قوله ولهذا) اى لان التزويج ليس من التجارة لا يملك هؤلاء كلهم اى المأذون له والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب تزويج العبد لانه ليس من الكسب اصلا ولان التجارة لانه مبادلة مال بمال مل (قوله فصل لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل بطريق الاصالة ذكر فى هذا الاصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية والتبع يتلو الاصل ع (قوله او ابنه) وحكم امه اذا اشتراها مثل ابيه وابنه ولم يذكرها وهؤلاء كلهم يدخلون فى كتابته تبعا له حتى يردون الى الرق بعجزه عينى (قوله دخل فى كتابته) انما قال دخل فى كتابته ولم يقل صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصالة كان اصيلا وبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب الا ان كتابته دخل بطريق التبعية دون الاصالة مل (قوله وان لم يكن من اهل الاعتاق) وهذا لان المكاتب ليس بمالك رقبة والعتق يختص بملك الرقبة لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم تبيين (قوله يعتق عليه) اراد ان الحر اذا ملك لذى رحم محرم يعتق عليه تحقيقا لصلة الرحم فكذا اذا ملك المكاتب قريبه يكاتب عليه تحقيقا لصلة الرحم بقدر الامكان مل (قوله لا ملكا) ولهذا يحل الصدقة له وان اصاب مالا ولا يملك الهبة ولا يصح نكاح امرأته اذا اشتراها ك (قوله غير ان الكسب الخ) اراد ان قدرته على الكسب يوجب الصلة فى قرابة الولادة مل (قوله وهذا اولى من العكس) لانا لو الحقناه بالولاد فى الكتابة وجب علينا ان نلحقه به فى العتق لانه اسرع نفوذا من الكتابة وفى ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما

(قوله ولا يكسبها) وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما ولا يكسبها لانه يصير ... واحدة يدخل اولاده في كتابتهما لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبه لها اذا كانت ... متفرقة ك (قوله احرار بالقيمة فيجب عليه قيمة الاولاد لانه ولد المغرور والمغرور في الحر ... من المولى والاولاد ذكره في المبسوط وفي شرح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد عنده يتأخر الى ما بعد العتق واليه اشار المصنف بقوله

ولا يكسبها) لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبع في الرق والحرية (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ولدا ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولاده احرار بالقيمة) لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا ليحرر الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رض وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل فلا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لسقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

(فصل) قال (واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له) لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما (ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر) لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد

لان حق المولى الخ ثم اذا غرم القيمة فيرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها ع (قوله مولود بين رقيقين لان اباه رقيق مادام في الكتابة وامه ظهرت رقيتها بثبوت الاستحقاق فيكون رقيقا كما اذا كان عالما عيني (قوله لان حق المولى الخ اراد ان الحكم بحرية الولد مع مراعاة حق المستحق هو المولى بايجاب قيمته في الحال مل (قوله بقيمة متأخرة الخ فكان المانع من الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير عيني (قوله ان وطئ المكاتب الخ اي اذا اشترى المكاتب بالشراء الصحيح امة ووطيها بغير اذن المولى او باذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه بالطريق الاولى ع (قوله وما لم يسقط الحد الخ فالحاصل ان الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجب العقر عيني (قوله كالكفالة يعني اذا كفل المكاتب يؤخذ به بعد العتق لان الكتابة لا تنتظمها مل (قوله فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول فصلها بفصل ع (قوله واذا ولدت المكاتبة الخ سواء صدقه اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها وله حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق (قوله يملك الاعتاق الخ تحريره ان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غير دعوة قصدا فلان يملك ذلك ضمنا بالدعوة بالطريق الاولى عيني

... بدل الكتابة وإن ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه كتابتها
وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فإن لم تترك مالا فلا
سعاية على الولد لأنه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى إلا
أن يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى
هذا الولد لأنه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل
عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها قال (وإذا
كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى
وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية (فإن مات المولى
عتقت بالاستيلاد) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة)
لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء فإذا عتقت قبله لا يمكن
توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة
غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل
وبقيت في حق الأولاد والأكساب لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما
ذكرناه ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية قال
(وإن كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة
وإنما الثابت مجرد الاستحقاق (وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار
بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة
وقال أبو يوسف تسعى في الأقل منهما وقال محمد تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها
وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة
في المقدار ومع محمد في نفي الخيار أما الخيار فمفرع على تجزؤ الإعتاق
عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل
بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة
ووجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار
فلمحمد أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال
أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث
يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما إذا تأخر

... أي ... مسكوت لأن ... ولهذا لو ولدت ... إذا لم يكن محرم الوطء ... محرم ... فلا بد من الدعوة ع (قوله إلا أن يدعي الخ) وهذا بخلاف أم الولد إذا ولدت ولدا ... لأنه أم ولد يحل للمولى وطئها وهذه أم ولد لا يحل للمولى وطئها فلذلك لا يلزم المولى ... إذا عجزت ... ثم ولدت ولدا فإنه يلزم المولى بدون الدعوة لأنها صارت أم ولد يحل وطئها فيحكم بثبوت النسب من المولى كسائر أولاد أم الولد ك (قوله وغرض ... فإن ... أم الولد غير متقوم عند أبي حنيفة فكيف ... بدل متقوم وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لعدم الأول أول الحال ولعدم الثاني في الثاني والملك يجوز أن يقابله ببدل متقوم وإن لم يكن متقوما كملك القصاص إذا عفى بعض الأولياء فإنه يقابله حصة الآخرين بالمال ع (قوله ولا تنافي الخ) جواب سؤال مقدر تقريره أن يقال الكتابة عتق ببدل والأمر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين فينتفي (قوله غير أنه يسلم لها الأولاد الخ) جواب لشبهة وهي أن يقال لما انفسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغي أن لا يسلم لها الأكساب والأولاد المشتراة في الكتابة فأجاب بأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد لأن الفسخ لنظرها والنظر في انفساخها في حق البدل لا في حق الأولاد والأكساب ك (قوله ولا مال له غيرها) إنما قيد به لأنه لو كان له مال غيرها وهي تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير وسقطت ... مكاتبة لو ... الاستغناء عن أداء المال فكان عتقا بمنزلة ما لو عتق المولى مكاتبه ك (قوله فتخير) لأن التخيير فائدة وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير معتبرا ع

(قوله والظاهر ان الانسان الخ اقول ... ان ... هذه المقدمة ... لا يلزم من مجرد ...
حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فصار ان ... في ...
حقيقتها عاملا فيلزم ... بعد بلزمها تناقض (قوله لدلالة الارادة اي ارادة المطلق لان الظاهر ...
الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لانه لم يبق الا الطلقة الواحدة الباقية كذلك هو ... (قوله اذا ...

المدبر من الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بما بقي رقبته ... يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة ... مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حريته الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا هذا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق في شيء منه قبل ذلك

(وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا

(واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه (قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين

الخ فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حقه من بدل الكتابة ع (قوله اما المقدار وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة او قيمتها على قول ابي حنيفة وكذا على قولهما عيني (قوله مع سلامة الاكساب الخ جواب عما عسى ان يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فقد يكون الاكساب كثيرة تفضل بعد اداء البدل فيحصل له جملة تلك الاكساب فلا يبطل عيني (قوله لانا نبقي الكتابة في حقه اي في حق الكسب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر والنظر في ابقائها في حق سلامة الاكساب عيني (قوله لانه اعتياض عن الاجل وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق فيجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ع (قوله لانه لا يقدر الخ اي بالقدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الاداء لا القدرة الممكنة وهي ادنى ما يتمكن به من الاداء وظاهر ان اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج من يد المولى مفلسا فيمتنع الناس عن الاعطاء من اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان امكن في الجملة نتائج

والباقي

وقوله فله ان يؤخرها الا انا لما ابطلنا التأجيل اصلا رده ذلك وعليه بعد الطريق الاول دل صاحب العناية ولو
ولان له ان يترك الزيادة وقد فات الالف فله ان يؤخرها كان احسن عيني (قوله كما اذا خالع الخ اراد انه لو
خالع امرأته في مرض موته على الف الى سنة جاز ولا يعتبر الورثة التأجيل فيه يعتبرون
كل المال لانه لو تركه صح بان يطلقها بلا بدل فصح تأجيله عيني (قوله يعتبر الثلث الخ فيقال له عجل ثلثي القيمة والباقي
عليك الى اجل عيني (قوله لما بينا اي من الدليل في الطرفين من قوله لان له ان يترك الزيادة الخ ن (قوله فاعتبر الثلث الخ اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير حتى لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير عيني (قوله باب من الخ لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكام ما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء بنفسه ان يكون لنفسه (قوله كانت موقوفة لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا عيني (قوله لانه لا ضرر الخ وهذا لان المولى ينفرد بايجاب العتق والحاجة الى قبول المكاتب لاجل البدل فاذا

وادى اي امهله او يرد رقيقا) عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على
قيمته فله ان يؤخرها فصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة
جاز لان له ان يطلقها بغير بدل فكذا ان يؤجل البدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى
اجرى عليه احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل
والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا
يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظيره ما اذا
باع المريض داره بثلثه آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة
فانه يقال للمشتري ادِّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض
البيع وعند محمد يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليها لما بينا من قبل (وان
كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة قال له ادِّ ثلثي القيمة حالا او ترد
رقيقا) في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

قال (اذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد
فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك
على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا
فيعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت
موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر
فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي على اجازة يعتق الاستحسان
يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القائل فيصح في حق
هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة
الكتاب (ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب
العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا)
ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب
وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها

شرع الفضولي باداء البدل وتصرف الفضولي تنفذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر ولا ضرر عليه في
عتقه عند تبرع الغير باداء البدل عنه فينعقد الكتابة في حق هذا الحكم ويتوقف في حكم لزوم الالف
على العبد ك (قوله في حق هذا الحكم الذي هو موجب عقد الكتابة وهو تعلق عتق العبد على
اداء القائل اعظمى

ويصير في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداثها وليس عليهم من البدل شئ واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شئ لانه تبع فيه قال (وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول) اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال (وايهما ادى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه قال (وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشئ) لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

﴿ باب كتابة العبد المشترك ﴾

قال (اذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض) عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا

(قوله لا يسع فيه وهذا مخلف من ان التطرق بمجرد التبعية لا معتبر به مع الاصالة في اعتق والعتق ع (قوله اما الحاضر الخ يعني اما الحاضر فلان البدل عليه فيجبر المولى على قبوله عند ادائه ويعتق الغائب لدخوله في كتابة الحاضر تبعا كما في ولد المكاتبة او لما ذكرنا من التعليق بوجود الشرط واما اذا ادى الغائب فانه ينال بهذا الاداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتبة ومعير الرهن اذا قضى دين الراهن فان المرتهن يجبر على القبول لانه يستخلص به ماله وهذا اولى لانه يستخلص به نفسه ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب لانه دخل في الكتابة تبعا كولد المكاتبة ك (قوله وان لم يكن الدين عليه فكذا هو فيجبر المولى على القبول من الغائب وان لم يكن البدل عليه لانه محتاج الى استفادة الحرية عيني (قوله فليس ذلك الخ يعني لا يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه وكذلك رده لا يؤثر في رد عقد الكتابة عن الحاضر عيني (قوله كاتبت الامة انما وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها فان الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة ع (قوله صغيرين انما قيد بالصغير ليدل بذلك على ان لا اثر لقبول الغائب اورده ك (قوله وهي اولى الخ يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اولى لان ولدها اقرب اليه من الاجنبي كذا في الشروح نتايج (قوله وفائدة الاذن الخ جواب عن سؤال مقدر تقريره ان يقال اذا كانت الكتابة تتجزى فما الفائدة في اذن احدهما للآخر بالكتابة عيني (قوله ان لا يكون الخ اي ليس الاذن لصاحبه لصحة كتابة نصيبه فان احدهما لو كاتب نصيبه بغير اذن شريكه صحت ن

فبالاذن واداه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه ولما كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو اصيل فى النصف ووكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهى ام ولد للاول) لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة واذا ادعى الثانى ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز) لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذى ذكرنا (كله قول ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هى ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان فى تجويزه ابطال الكتابة اذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثانى واطئ ام ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر

(قوله فيكون متبرعا بنصيبه عليه اى على المكاتب لانه لما اذن احدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب الآخر مكاتبا وبقى نصيب الآذن عبدا كما كان فحين اكتسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب وبعضه قن فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه فمتى اذن الذى لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد اذن للعبد بقضاء دينه من الكسب الذى يكون له فيصير الآذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك واذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع ك (قوله فلهذا اى لاجل كون الشريك الآذن متبرعا بنصيبه من الكسب عينى (قوله لعدم التجزى الخ ولا يتوهم كتابة احدهما بدون اذن الشريك حيث يثبت الكتابة قصرا عليه لان الكتابة انما تقتصر على احد الشريكين اذا كانت غير لازمة والكتابة هنا ليست بلازمة بدليل ان المكاتب يملك فسخها وهو اللازم فاشبهت التدبير ك (قوله فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كانتا سواء فعجز وفى يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قولهما حيث افرغ (قوله وصار نصيبه الخ بناء على ان الاستيلاد فى المكاتبة يتجزى عند ابى حنيفة لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه وذلك لا يمكن لان الخ عينى (قوله ووطئه سابق فتصير ام ولد له من ذلك الوقت لان السبب هو الوطء عينى (قوله لا يجوز الخ اى لا يكون حل الوطء وهذا يثبت النسب والا فعدم جواز الوطء بالاتفاق ك (قوله يجب تكميله لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى عينى (قوله فتفسخ فيما لا تتضرر به الخ وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فى كونها ام ولد بل لها نفع فيه حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتعتق مجانا بعد موت المولى ن (قوله فيما وراءه اى فيما وراء ما لا تتضرر وهو كونها اخص باكسابها واكسابها وللمنافع

(قوله واذا بقيت الخ متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه الخ مل (قوله وفي ابقائه الخ [illegible]
يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة هي لا تتضرر بسقوط نصف البدل [illegible]
ان تنفسخ ع (قوله وان كان لا يتضرر الخ يعني ضرر المكاتب مانع من الفسخ وهذا المانع [illegible]
المانع لا يوجب انتفاء الدوافع ووجود الشرائط والمقتضي فلا يصلح علة لجواز الفسخ مع ان [illegible]

لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا مضت [illegible]
مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة [illegible]
لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل [illegible]
لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا تظهر في حق سقوط [illegible]
البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه [illegible]
هو الاصح [illegible] لو عجزت ردت [illegible]
[illegible] الى المولى [illegible] على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه
في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه
وهي مكاتبة) فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد
يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة
لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل
على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما قال (واذا كان الثاني لم يطأها
ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك اما عندهما
فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز
تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير
يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهي ام ولد
للاول) لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا (ويضمن لشريكه
نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تملك نصفها
بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الاول) لانه صحت دعوته لقيام
المصحح وهو الملك [illegible] قال (وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما
وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها
عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها) لانها لما عجزت ردت في الرق تصير
كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها
كما هو مسألة تجزؤ الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق [illegible]
المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان اثره في جعل نصيب [illegible]

من جانب الاولى متحقق وهو
فوت النظر في حقه اعظم
(قوله ويضمن الاول لشريكه
في قياس الخ مراد المصنف
في لفظ الجامع الصغير ههنا
ان قول ابي يوسف فيما
نحن فيه من مسئلة الاستيلاد
على قياس قوله في مسئلة
الاعتاق بنافع (قوله في
قياس قول ابي يوسف وهو
قول ابي يوسف في مكاتب بين
الشريكين اعتقه احدهما
فانه يجب عليه عند ابي يوسف
نصف قيمته مكاتبا فقياس
قوله فيما نحن فيه ان يضمن
نصف قيمتها مكاتبة ايضا
وقيمة المكاتب نصف قيمته
قنا الخ (قوله بخلاف النسب
الخ يعني انما يشكل على
قول الامام ابي حنيفة حيث
يجوز استيلاد الثاني
لا التدبير منه والفرق ان
الثابت قبل العجز هو الملك
بطريق الظاهر وذلك
يكفي لثبوت النسب دون
التدبير الا ترى انه لو
اشترى امة واستولدها ثم
استحقت لم يبطل النسب
وكان حرا بالقيمة ولو دبرها
فاستحقت يبطل التدبير
فيهذا افترقا مل (قوله وفي الخيارات عند ابي حنيفة انما كان مخيرا بين الخيارات الثلث (ع
ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان
مع اليسار والسعاية مع الاعسار ع (قوله وغيرها وهو الولاء فان عند ابي حنيفة ان
الساكت لو استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما الولاء للمعتق
في الوجهين جميعا ك

قوله فيتعلق الخ والقياس ان لا يتعلق باليسار والاعسار لانه ضمان اتلاف الا انا استحسانا وقلنا ان يتعلق بحال السبب اي لما اعتق المعتق نصيبه صار اعتاق نصيبه سببا لاتلاف نصيب صاحبه دون العلة فيتعلق بحال السبب وهو مبني على صفة التعدي ففيما اذا كان المعتق موسرا الاعتق الضمان لانه يمكن من احراز الثواب بواسطة اعتاق عبد آخر فاذا اعتق العبد المشترك يكون متعديا وفيما اذا كان معسرا ليس له الاحراز ثواب

معتق البعض كالمكاتب فلا يتغير بعتق نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى العبد او يعتق) وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات الثلث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى (وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل

العتق طريق آخر سوى هذا فلم يكن متعديا ك (قوله لم يبق له خيار الخ لان اثر التضمين ان يملك الضامن نصيب المضمون والمعتق لا يملك بل (قوله ولكن يفسد به الخ اي بعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر لانه كان قبل اعتاقه يملك الاستخدام والاستغلال وكان لا يجبر على الاخراج الى العتق فبعد اعتاق المعتق يكون المدبر مجبورا على الاخراج الى العتق ويكون بمنزلة المكاتب ويكون محرما اكسابه ك (قوله واشباهه في كونه مخرجا من الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية ع (قوله وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والاعارة والوطي ع (قوله وتوابعه وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال ك (قوله واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لان هذا ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك فانه بالاعتاق ازال عنه الاستخدام وغيره فالمولى صار بمنزلة الغاصب ك (قوله لم يبق له الخ لانه بمنزلة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قابلا لاعتاق المعتق فكان تضمينه مشروطا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك نصيبه كان مدبرا قبل ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه عنايه

(قوله علقه اي علقه علي رضي الله عنه بهذا الشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله وهذا لا يعرف الا سماعا كالمروي عنه عليه السلام عيني (قوله بهذا الشرط ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يتوقف الوجود وعند الوجود فقط والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند احدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ع (قوله كان احسنه اي احسن عقد الكتابة مؤجلة والمراد ان المؤجل ◆ ٢٥٦ ◆ والمعجل احسن من

لان الاعتاق لا يتجزأ فيعتق كله فلم يصادف التحرير الملك وهو ... ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا) ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة) نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رض اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رض ان مكاتبة له عجزت عن اداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها (فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجزه مولاه برضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه) لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال (وان مات المكاتب وله مال

الحالة وان كانت الحالة جائزة عندنا عيني (قوله ما توافق الخ فاذا مضى النجم الثاني تحقق العجز فيوجب الفسخ عيني (قوله بخلاف اليومين الخ جواب عما يقال اذا كان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم كان ينبغي ان يتمكن من الفسخ من غير امهال عيني (قوله فان المروي عن ابن عمر الخ قلت غريب وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع وابن ابي زائدة عن ابان بن عبد الله البجلي عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاما له على الف دينار فاداها الا مائة فرده في الرق انتهى ت (قوله فسقط الاحتجاج بها اي بالآثار المتعارضة لان الحديثين اذا تعارضا وجهل تاريخهما تساقطا فيصار الى ما بعدهما من الحجة فبقي ما قلنا من الدليل من ان سبب الفسخ قد تحقق الى آخره سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به (قوله فان اخل بنجم المراد بالاخلال مهما ترك اداء وظيفة بعقد الكتابة في الوقت المسمى بعقد على نفسه في ذلك ع (قوله كان موقوفا عليه اي على المكاتب (لم يتوقف عليه ليصير له في العاقبة كالمال الموقوف يصير ملكا لمن وقف عليه باداء المتولي اليه او كان موقوفا على مولاه ليصير له في العاقبة فالاول عند اداء النجم والثاني عند العجز وان جعل على بمعنى اللام فالمقصود ايضا ما ذكرنا انتهى

(قوله ولان المقصود الخ عطف على معنى قوله وامامه فى ذلك زيد بن ثابت كانه قال لاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ نتائج (قوله لعدم المحلية وذلك لان الميت ليس بمحل للعتق ابتداء فى العتق من احداث قوة المالكية وذلك لايتصور فى الميت ك (قوله لفقد الشرط اى لانه مشروط بالاداء والعرض عدمه يلزم وجود المشروط بدون الشرط ع (قوله ولا الى الثالث الخ ولا يجوز ان يستند الى حال حيوته لان

لم تنفسخ الكتابة وقضى ماعليه من ماله وحكم بعتقه فى آخر جزء من اجزاء حيوته ومابقى فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده) وهذا قول على وابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعى تبطل الكتابة ويموت عبدا وماتركه لمولاه وامامه فى ذلك زيد بن ثابت رض ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لايخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا والوجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثانى لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت فى الحال والشئ يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ماعرف تمامه فى الخلافيات قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة سعى فى كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (وان ترك ولدا مشترى فى الكتابة قيل له اما ان تؤدى بدل الكتابة حالة او ترد رقيقا) عند ابى حنيفة واما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود فى الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود فى الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته فى آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه

فى اسناده الى حال حيوته اثبات العتق المتعلق بشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء ك (قوله عقد معاوضة قيد به احترازا عن النكاح والوكالة وغيرهما ن (قوله عقد معاوضة وذلك لانه ثبت للمكاتب مالكية اليد وللمولى المطالبة ببدل الكتابة وقضية المعاوضة المساواة ولا تنفسخ الكتابة بموت المولى فكذا بموت المكاتب ك (قوله بل اولى لان الذى استحقه المولى قبل العبد ليس بلازم حتى اذا عجز العبد نفسه عن اداء البدل يبطل والذى استحقه المكاتب قبل المولى لازم حتى لو اراد ان يبطل ليس له ذلك مل (قوله والموت انفى الخ لان المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا لا بوصف بكونه مالكا والموت انفى للقادرية والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية فاذا صار ابقاء العقد مع اقوى

المنافيين اى موت المولى لادنى الحقين اى حق المولى فلان يبقى العقد مع ادنى المنافيين اى موت العبد لاعلى الحقين اى حق العبد اولى واحرى ك (قوله ويكون الخ اى فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب عنه المصنف بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق يتقدم على الاداء بل يقتصر الاداء قبل العتق ع

في الكتابة فيكون هذا امرا ثبت عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا فجعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر (وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا (وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال (وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والآخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال

(قوله ككتابة واحدة قيد بقوله كتابة واحدة احترازا عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد فان الولد ان كان منفردا بكتابة فادّاها بعد الموت لم يرثه لانه مقصود بالكتابة واداؤه بعقد وقت البدل مقصورا عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة في حقهما ما دام لم يستند عتقه كان عبدا عند موت ابيه فلهذا لا يرثه ك (قوله جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة هذا لان الكتابة لما كانت واحدة وحكمها واحدة فانهما يعتقان معا ان اداياه ويردان معا في الرق ان لم يؤديا وقد عتق الميت في آخر جزء من اجزاء حياته فيعتق الابن معه في تلك الحالة فيرثه لذلك ك (قوله فان مات المكاتب الخ ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد من امرأة حرة وترك دينا على الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي الام اما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار ماله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي الدين واما ان الولاء لموالي الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب الاب ع (قوله وترك دينا الخ قيد به لانه لو كان عينا نقدا لا ينبني القضاء بالالحاق بموالي الام لانه يمكن ان يؤدي الى الحال ويلحق بموالي الاب حينئذ (قوله فيجر الولاء الخ لان الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته كما اذا اكذب الملاعن نفسه نسب اليه فكذلك الولاء ع (قوله وان اختصم الخ صورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام فقال موالي الامهات رقيقا والولاء لنا وقال موالي الآباء مات حرا والولاء لنا فقضى لولائه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة ع

رقوبه ماله يدفع الخ اى المولى بالخيار ان شاء دفع العبد الى ولى الجناية بالجناية وان شاء فداه بارش الجناية (قوله وان قضى به اى بموجب الجناية عليه اى على المكاتب فى كتابته ثم عجز فهو اى ما قضى به دين فى ذمته يباع فيه ع (قوله لانتقال الحق الخ يعنى ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلى وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلى صيانة للقضاء ع (قوله انعقدت الخ هذا القول وقوله

واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى) لان موجب جناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلى (وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وان قضى به عليه فى كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابى حنيفة ومحمد وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كيلا يؤدى الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له ادِّ المال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه فى الاستيفاء (فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فاذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت بابراء البعض او ادائه فى المكاتب لا بعضه ولا فى كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم

﴿ كتاب الولاء ﴾

السابق لانتقال الحق من الرقبة الخ يشعر الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو مخالف للروايات وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية ع (قوله كما فى جناية المدبر وام الولد فان فى جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش الجناية ع (قوله ولنا ان المانع الخ الحاصل ان جناية المكاتب عندنا لا يصير مالا الا بالقضاء او برضاء او بالموت عن وفاء وعند زفر يصير مالا فى الحال له ان المانع الخ ولنا ان الاصل فى جنايات العبيد وجوب الدفع الا ان يتعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك الى ملك والمانع ههنا قابل للفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى الا بالقضاء او الرضاء مدل (قوله اذ الكتابة سبب الحرية وحريته حقه فهى سبب حقه وسبب حق المرء حقه لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كيلا يؤدى موته الى ابطال حق غيره عنايه (قوله الا ان الورثة يخلفونه اى بهذا القدر لا يتغير الحق كما اذا كان دين على الرجل ومات رب الدين فورثته يخلفونه فى الاستيفاء ويبرأ بالاداء اليهم حيث يبرأ اذا ادى الى المورث ك

(قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو اعتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف (واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق فالولاء لها ويشاركه ان ابنة حمزة رضي عنه وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه فان (شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده) لما بينا في العتاق (وولاؤهم له) لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل الولاء عنه عملا بما روينا (وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق (او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر) لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون

(قوله ولاء عتاقة اما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق او ما يجري مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية او بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء اعتقه تطوعا او عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا او ما يجري مجرى الصريح او كناية او ما يجري مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد بدائع (قوله ويسمى ولاء نعمة اقتداء بقوله تعالى واذ تقول للذي انعم الله اي انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه اي بالعتق وهو زيد كما في (قوله وسببه العتق لا الاعتاق لان بالاستيلاد وارث القريب يحصل العتق بلا اعتاق واما حديث الولاء لمن اعتق فجرى على الغالب در مختار (قوله في الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وانما كان صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه ع (قوله بالوراثة كما لو مات ابوه وهو مالك لاخيه لامه در المختار (قوله ولهذا يقال بيان سبب النوعين لان كلا منهما مضاف الى شيء والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول ع (قوله والمعنى فيهما الخ مراد المصنف (ولا... بهذا القول بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بعد قول المصنف والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر نتائج (قوله وكانت العرب الخ بيان وجود التناصر فيهما اما ان العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف وبغيرها ع

... مولى لموالى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان سماعه
اعتاب القبول وهو ليس بمحل له (قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة
اشهر فهو حر وولاؤه لموالى الام) لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فتبعها
في الولاء لم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان اعتق
الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) لان العتق
هنا في الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب
قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولا يوهب ولا يورث ثم
النسب الى الاب فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم اهلية
الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم
الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة
عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق
حيث يكون الولد مولى لموالى الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق
الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه
يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند
الاعتاق فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد
فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعا
لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام ضرورة كما في ولد
الملاعنة على ما ذكرنا (فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه) لما بينا
(ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا) لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا
لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد
الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه
لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك
فيرجعون (قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء
اولادها لمواليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول محمد وقال

(قوله ... قبل لهذا الولاء الخ بخلاف ولاء العتاقة فان الجنين يصير مقصودا بالاعتاق لانه محل لاضافة
من ... مقصودا ... غير مقصود لايمكن ان يجعل تابعا لغيره في الولاء عليه ك (قوله بخلاف ما اذا الخ
... فيه ... صار اهلا عاد الولاء اليه بان اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب
... او اذا اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث
يكون الولد مولى لموالى الام
ولم ينتقل الولاء عنهم وان
اعتق الاب العبد فالجواب
ان العود اليه العود الاهلية
ولم يثبت بهذا العتق للاب
اهلية لتعذر اضافة العلوق
الخ ع (قوله لاقل من
سنتين وفي بعض النسخ
لاكثر من سنتين والصحيح
من الرواية لاقل من سنتين
بدليل قوله وبعد الطلاق
الرجعي لما انه يصير
مراجعا ولهذا في كتاب
الطلاق اي المعتدة من
طلاق رجعي اذا جاءت
بولد لاكثر من سنتين يكون
ذلك رجعة لتيقنها بالعلوق
بعد الطلاق فان جاءت
بولد لاقل من سنتين
لايكون رجعة بالشك
لانه لو حمل على وطئه
في العدة يصير مراجعا
ولو حمل على ما قبل الطلاق
لايصير مراجعا والمراجعة
لم تكن فلا يثبت بالشك
ك (قوله لتعذر الاضافة
الخ اي لتعذر اضافة
العلوق الى ما بعد الموت
لاستحالته من الميت والى
ما بعد الطلاق اما اذا كان
بائنا فلحرمة الوطء بعده واما اذا كان رجعيا فلانه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا
عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل معراج الدراية (قوله وفي الجامع الصغير الخ ذكر لفظ الجامع الصغير
لاشتماله على بيان العقل وبيان الفرق بينه وبين ولد الملاعنة ع (قوله وقال ابو يوسف الخ ثمرة الاختلاف
تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمته وغيرها من ذوي الارحام ومعتق امه او عصبة معتقها كان
المال لمعتق امه او عصبته عندهما وعند ابي يوسف يكون لذوي الارحام تجيبين

(قوله حكمه حكم ابيه فلايكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث منه بين ذوى ارحامه ع اذا كان الاب
والام معتقة فانه لايكون ولاءه لمولى امه لان النسب الى الآباء ع (قوله بخلاف الخ اى من
النسب الى الآباء وجب ان يستوى الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد
وهذا المعنى معدوم ان كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب
ع (قوله لانه هالك معنى لانه لايملك

ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب ع) اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى وبه ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة والنسب فى حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لايعارضه الضعيف على كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضى الله عنه وعلى فى مطلق المعتقة الوضع فى معتقة العرب وقع اتفاقا (وفى الجامع الصغير نبطى كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم اسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد مواليهم موالى امهم وقال ابو يوسف مواليهم موالى ابيهم) لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالولد بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة ادنى حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لايقبله والضعيف لايظهر فى مقابلة القوى ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر (قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه السلام للذى اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رض على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة يقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رض فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى من المعتق لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتأخر عن العصبة دون ذوى الارحام (قال فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق) تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقى بعد فرضه لانه عصبة على

شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمى قال الله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اى كافرا فهديناه فصار هذا الولد كانه لااب له فينسب الى موالى الام ضرورة نت (قوله ولو كان الخ راجع الى اول الخلاف يعنى اذا كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه من الخلاف واما اذا كان الولدان معتقين فلا اعتبار على ان النسبة فى حقيقة النسب الى قوم الاب فيلحق الولد اى الاب فى الشرف والدناءة فكذلك فى الولاء ع (قوله وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب فى الدنيا فينتقص بقدره فى الآخرة من الثواب (قوله فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله فى الآخرة ع (قوله مع قيام وارث وهو بنت الميت وذلك لان النبى عليه السلام اعطى بنت الميت النصف والباقى لبنت حمزة عينى (قوله يقدم على ذوى الخ لان النبى صلى الله عليه وسلم قسمه على الرد
حيث ورث ابنة حمزة ورد الباقى على بنت الميت والرد مقدم على ذوى الارحام ك (قوله بدليل
الحديث الثانى وهو توريث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق كفاية (قوله تأويله
تأويل قوله فميراثه للمعتق ان لايكون للمعتق عصبة من النسب ولا صاحب فرض ذو حال اى له
فرض لايتغير اما اذا كان صاحب فرض له حال تعصيب ايضا لاشئ للمعتق ولو كان له صاحب فرض
له الباقى بعد فرضه لانه عصبة كفاية

ضرورب وهده لان العصبه من يكون اسب صرمه سيث النسبة وبه لداى الانتصار على ممر والعصبة بأخذ ما بقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته) لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها علاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها (ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر) معناه بني ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر) هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم اجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب (فصل) في ولاء الموالاة

قال (واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى) وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه

قوله لان العصبه الخ تقريره ان العصبه من يكون انتصار القبيلة به وما ذاك الا بكون الانتصار على امر واحد هو الولاء هو قوله وكان العرب تناصر بالاشياء وقرره النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بموجبه ع (قوله والعصبة يأخذ الخ تمام الدليل وتقريره له الباقي لانه عصبة والعصبة يأخذ الباقي ع (قوله وصورة الجر قدمناها وهي ما ذكر من قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جر الاب ولاء ابنه وصورة جر ولا معتقهن تزوج عبد امرأة بادنها معتقة قوم فولدت منه اولادا فولاء الولد يكون لموالي الام فلو ان المرأة اعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد الى نفسه وجرت هي ذلك الى نفسها وصورة جر ولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبدا واعتقته ثم ان هذا العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم فولدت منهم ولدا فولاء الولد لموالي الام فلو ان المعتق اعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده ثم جر المعتق الاول ذلك الى نفسه ثم جرت المرأة ذلك الى نفسها ك (قوله ولان ثبوت الخ دليل ثان عقلي على ان ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن اوع عيني (قوله بخلاف النسب اي لا ينسب الولد الى امه يعني ان ولاء العتاقة يثبت من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء ووجه الفرق ان سبب النسبة بالولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش وصاحب الفراش هو الرجل لا المرأة لانها مملوكة فلا يعارض المالك في استحقاق النسب اما الحر والمرأة في نسبة العتق على السواء ك (قوله لابن المعتقة الخ اي امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا من ان الابن اقرب في العصوبة ع

(قوله لانه مستحق له لان ورثة بيت المال مجهول اعيانهم وهو لا يصلح مستحقا له عند ...
المصادرات (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل لان عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكر ...
الارث من الجانبين كان كذلك ويتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يورث به الاعلى من ...
لان سببه الاحياء واذا وجد من الاعلى في حق الاسفل لا من الاسفل في حق الاعلى وهما اسم ...
والمشروط على الوجه الذي

فيصرفه الى حيث شاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق و
مستحق له (وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما
من ذوي الارحام) لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث
ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط
ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة

قال (وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم
بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط
في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد
الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي

في الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره) لتعلق
حق الغير به ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله
كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن
لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد

(وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا) لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

﴿ كتاب الاكراه ﴾

(الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان
او لصا) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره
مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما
يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله
ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق
بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم
يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما
تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به
وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل

وجد الشروط يثبت الحكم
كله (قوله كما ذكر في الكتاب
اشار به الى ما ذكره القدوري
في مختصره بقوله واذا اسلم
الرجل على يد رجل ووالاه
على ان يرثه ويعقل عنه
فانه ... (قوله لان تناصرهم
الخ) فان قلت ان التناصر
حكمة وهي لا تراعى في كل
فرد وانما تراعى في الجنس
كما في الاستبراء فان الحكمة
فيه فراغ الرحم وانما تعتبر في
الجملة لا في كل فرد حتى لا يجب
الاستبراء فيمن اشترى من
امرأة او اشترى امة صغيرة
قلنا التناصر لا حكمة فان
قيل العلة لابد ان تكون
موجودة والتناصر قد يوجد
وقد لا يوجد قلنا
التناصر علة يكون موجودا
تحقيقا او تقديرا باقامة سببه
كذا (قوله الا انه يشترط
الخ) فان فسخ احدهما
العقد بغير محضر من صاحبه
يتضمن اضرارا بصاحبه اما
اذا كان الفسخ من الاسفل
فلانه ربما يموت الاسفل
فيحسب الاعلى ان ماله
صار ميراثا له فيتصرف فيه
فيصير مضمونا عليه واما اذا كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان (ان
له ... يعقل جنايته عاقلة مولاه ولو صح فسخ الاعلى يجب العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا
في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (قوله كتاب الاكراه الخ) قيل في مناسبته ان الولاء
من آثار العتق والعتق لا يؤثر فيه الاكراه فناسب ذكره عقيبه ...

كره ... الخ والاصل ان تصرفات المكره قولا منعقدة عندنا الا ان مايحتمل الفسخ منه
كالبيع والاجارة يفسخ ومالا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد فهو لازم ك
(قوله او بضرب الخ) قال في المبسوط الحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به وفي الضرب
الذي هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير
بالرأي لا يكون ولكن ذلك على ﴿ ٢٦٥ ﴾ قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما رأى انه اكراه بطل

باب (واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع) لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى ﴿الا ان تكون تجارة عن تراض منكم﴾ والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع) لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع

الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف احوال الناس ك (قوله الا ان تكون تجارة الخ) قيل الآية ان اثبتت الحرمة بدون الرضا لكن مطلق قوله تعالى ﴿واحل الله البيع وحرم الربوا﴾ يوجب جواز البيع وان انعدم التراضي قلنا البيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضي والاصل ورود الشرع على وفاق اللغة ولانه مخصوص فيخص بدون الرضا فان قيل هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند عدمه كما في قوله تعالى ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾ قلنا اول الآية ﴿ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل﴾ واستثنى منه التجارة التراضي فيبقى غيره في صدر الكلام توضيحه ان المستثنى لما كانت بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهو المكره ك (قوله بهذه الاشياء اي
القتل والضرب الشديد والحبس المديد مفرده (قوله الا انه لا ينقطع الخ) استثناء من قوله كما في سائر
البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا
لا ينقطع الخ (قوله ومن جعل الخ) ذكر بيع الوفاء في كتاب الاكراه وذكر القول بفساده اولا يشعر بان
المختار عنده ... ثم ان تفسير الجواز في قول مشايخ سمرقند بافادة بعض الاحكام صريح في انه ليس
جائزا مطلقا لانه في قوة الفاسد المفيد لبعض الاحكام فقط

(قوله حيث يكون باطلا اى فاسدا يوجب الملك بعد القبض كما في الهبة اصحابه بعد على اصل ...) السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض من تصرف فيه فقد تصرف وعليه ضمان قيمتها ع (قوله من ...) الاصل يريد به ان الاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض ... من العوارض فلم يكن الاكراه على البيع اكراها على الدفع فكان الدفع عن اختيار منه ... اما الهبة في اصل الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه على الهبة ... على الدفع نظرا اى مقصود المكره وهو حمله على شئ يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد كفاية

موضع ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق ... اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل ... الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك ... في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد (وللمكره ان يضمن المكره ان شاء) لانه آلة له ... يرجع الى الاتلاف فكأنه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله اعلم

﴿ فصـــــل ﴾

(وان اكره على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس او بضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير) لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك (ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لانه لما ابيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف ... لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال (وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ ...

(قوله ان كان قائما الخ وان كان هالكا يأخذ منه شيئا لان الثمن كان امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه للتملك لانه كان مكرها على قبضه فكان امانة ك (قوله فيما يرجع الى الاتلاف اى وان لم يصلح آلة من حيث انه كلام لان التكلم بلسان الغير لا يصح ك (قوله لقيامه مقام البائع اى باداء الضمان لان المضمون يصير ملكا للضامن وقت سبب الضمان ك (قوله بخلاف الخ اى فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ هنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك اجاب بقوله لانه اسقطه يعني في صورة الاجازة وهو الخ ع (قوله لانه لما ابيح الخ اى لانها في هذه الحالة مباحة على ما بينا واهلاك النفس او العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم بعين ... (قوله لانه رخصة الخ يعني ان الاثم ينتفي عن المضطر ولا ينكشف الحرمة بالضرورة قال الله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ك (قوله لا رخصة فامتناعه عن التناول كامتناعه من تناول الطعام ... حتى تلفت نفسه او عضوه فكان آثما لكنه انما يأثم اذا علم الخ ع

فوته مباح اى اى طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر واطمأنينة جميعا لان ادنى درجات
سب الايمان ويكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمته ع (قوله
فيموت الايمان الخ لان الركن الاصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو
ثم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق
العبد يقينا وفوت حق الله

بالله او سب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد او حبس او ضرب لم
يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه)
لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته
اشد اولى واحرى قال (فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويورى
فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه) لحديث عمار بن
ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له النبى عليه السلام كيف وجدت قلبك
قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى
الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان
حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه
قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خبيبا رضى الله عنه صبر
على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال فى
مثله هو رفيقى فى الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف
ما تقدم للاستثناء قال (وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على
نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح
للضرورة كما فى حالة المخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال ان يضمن المكره) لان
المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل (وان اكرهه بقتله
على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما)
لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة (والقصاص
على المكره ان كان القتل عمدا) قال رضى الله عنه وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال
زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعى يجب
عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه
عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو
الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعى فى جانب المكره ويوجبه
على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب فى هذا حكم
المباشرة عنده كما فى شهود القصاص ولابى يوسف ان القتل بقى

توهما فيسعه الميل الى احياء
حقه ع (قوله صبر على
ذلك الخ قلت غريب وقتل
خبيب فى صحيح البخارى
فى مواضع وليس فيه انه
صلب ولا ان النبى صلى
الله عليه وسلم سماه سيد
الشهداء ولا انه قال فيه
هو رفيقى فى الجنة والمعروف
فى قوله عليه السلام
سيد الشهداء انه فى حمزة
رواه الحاكم فى المستدرك
وقصة قتله انه اخذه بنو
لحيان فربطوه وباعوه
فى مكة من بنى الحارث بن
عامر بن نوفل وكان خبيب
قتل الحارث يوم بدر فمكث
عندهم اسيرا ثم خرجوا
به من الحرم ليقتلوه فصلى
ركعتين ثم قام اليه عقبة
بن الحارث فقتله كذا فى
صحيح البخارى وغيره مل
(قوله والاتلاف من هذا
القبيل اى المكره يمكن ان
يأخذ المكره ويلقيه على
المال فيتلفه وقوله فيما
يصلح لاحتراز عن الاكل
والتكلم والوطء فانه فيها
لا يصلح آلة ع (قوله حقيقة

وحسا ولهذا شرعا لانه يأثم به وهذا لان القتل فعل حسى وقد تحقق من المكره والاصل فى الافعال ان
يؤخذ بها فاعلها الا اذا سقط حكم فعله شرعا واضيف الى غيره كما فى الاكراه على اتلاف مال الغير فانه
سقط حكمه وهو الاثم عن الفاعل واضيف الى غيره وههنا لم يسقط حكم بدليل انه يأثم اثم القتل يكون
على القتل (قوله حكم المباشرة فان السبب التام ينزل منزلة المباشرة فى حق وجوب القصاص

عليه سببى

(قوله فيصير آلة الخ) وحيث لان الآلة هي التي تعمل بطبعها كما سبق فان طبعه انقطع عند ... في محله وكالنار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك ففي الجرى على ... الطبع مشابهة بالآلة ولو استعمل القاتل آلة التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب ... على القاتل فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آلة له (قوله كما في ... على الاعتاق يعني ان الاعتاق

مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من ... نظرا الى الحمل فعملت الشبهة في كل جانب واما انه مجبور على ... بطبعه ايثار الحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل ... عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح ... ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كما ...

(وان اكرهه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه) عند ... خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال (ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد) لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال (ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول ... وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها واسقاطها كما بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز) استحسانا لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال (وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد) عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف

مقصور على المكره من حيث التلفظ به وحصول العتق في المحل حتى كان الولاء له لانه لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار ومن حيث اتلاف المالية يضاف الى المكره حتى يكون ضامنا للمالية اه (قوله وفي اكراه المجوسي الخ) اي وكذا في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يكون ضامنا ويقتصر على المجوسي في حق الذكاة حتى يحرم الذبيحة لانه صلح آلة له فيما يرجع الى الاتلاف دون الذكاة لان الحرمة بحسبها فيها اه (قوله لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة وان المستسعى كالمكاتب عنده او لتعلق حق الغير كما هو فيهما لان عندهما انما يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق هنا لغير المعتق ولا نظير له في الشرع ولا يلزمه على قوله اعتاق السفيه (د) المحجور حيث يعتق وتجب السعاية على العبد لانه تعلق به حق المحجور نظرا له ولا نسلم انه حق من محل آخر بخلاف المكره فانه غير محجور وقيل قوله لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض اذا اعتق عبده وعليه دين فههنا تجب السعاية لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن ...

(قوله لا يلزمه الحد) لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف ويمكن قصده دونه الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبعي ينتشر من النائم من غير اختيار واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه

وقد بيناه في الحدود ذكرناه في الحدود قال (واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى

﴿ كتاب الحجر ﴾

قال (الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال) اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال

كونه ملجيا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع عاجلا وذلك قد يكون من غير السلطان اكمل تحقيقا (قوله لان الردة الخ) يجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة تتعلق بالاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يترتب الحكم بنية على الكفر بالشك ع (قوله استحسانا والقياس ان يكون القول لها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها كالتكلم بالطلاق فيستوي فيها المكره والطائع كلفظ الطلاق فيبين (قوله غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث اللفظ حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل ترجمة عن القلب وان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله ع (قوله المجنون المغلوب) اي الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده وان تصرفه كتصرفه في حال العقل كما يجيء ع

ان العبد عاقل فى نفسه والصبى يرتقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال (من

من باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ان شاء

اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف فى العبد حق المولى

فيتخير فيه وفى الصبى والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد

ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل

البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذى

يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة فان قيل التوقف عندكم فى البيع اما

الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما فى

شراء الفضولى وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال

(وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال دون الافعال) لانه لا مرد لها

لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد

من شرطه (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص

فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبى والمجنون قال (والصبى

والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهم ولا اعتاقهم)

لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبى والمعتوه والاعتاق

يتمحض مضرة ولا وقوف للصبى على المصلحة فى الطلاق بحال لعدم الشهوة

ولا وقوف للولى على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا

لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود (وان

اتلف شيئا لزمهما ضمانه) احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف

موجبا لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل

بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال (فاما العبد فاقراره نافذ فى

حق نفسه) لقيام اهليته (غير نافذ فى حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى

عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان اقر بمال لزمه

بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه فى الحال لقيام

المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه فى الحال) لانه مبقى على اصل الحرية

(قوله من هؤلاء المراد بهؤلاء الصبى والعبد والمجنون الذى يجن ويفيق وهو المذكور لا الذى هو مطبق

فان تصرفه لا يصح وان لحقه الاجازة لعدم الانعقاد ك (قوله وهو يعقل البيع المراد بقوله يعقل البيع ان يعرف

ان البيع سالب للثمن جالب للمبيع والشراء بالعكس وبقوله ويقصده ان يقصد اثبات الحكم والربح لا يكون

من الهازل فانه لا يقصد حكمه ك (قوله وهو المعتوه وهو ناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير

جنون وفى تفسيره اختلاف كثير واحسن ما قيل فيه هو من كان ﴿ ٢٧٥ ﴾ قليل الفهم مختلط الكلام فاسد

التدبير الا انه لا يشتم ولا

يضرب كما يفعل المجنون

تبيين (قوله فى الاقوال

اللام فى قوله الاقوال للجنس

والمراد بها الاقوال التى

تردد بين النفع والضرر

كالبيع والشراء فان هذه

الاقوال تتوقف على الاجازة

والاقوال التى تتمحض

ضررا كالطلاق والعتاق فى

حق الصغير والمجنون دون

العبد فانه يمكنه الطلاق

فهذه الاقوال اطلقت الاصل

فالحجر فى الاولى يوجب

التوقف على الاجازة وفى

الثانية يوجب الاعدام

من الاصل واما الاقوال التى

تتمحض نفعا كقبول الهبة

والصدقة والهدية فانه لا

حجر فيها على العموم مولانا

محمد عبد الحليم نور الله مرقده

(قوله لانه لا مرد لها الخ

فانه اذا قتل انسانا او قطع يدا

او اراق شيئا لا يمكن ان

يجعل القتل والقطع والاراقة

كالمعدوم لانه يؤدى الى ان

لا يكون المقتول والمقطوع

والمراق مقتولا ومقطوعا ومراقا

وهو دخول فى السفسطة

وارتكاب المحالات ك (قوله لو

جودها حسا ومشاهدة ويحصل بها التلف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف ع (قوله (ق)

لان اعتبارها موجودة بالشرع اما الانشاءات فظاهر اذ التطليق والاعتاق والبيع والهبة وجودها الشرعى

فى المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع واما الاخبارات كالاقارير والشهادات فوجودها من

حيث الانباء دلالات على المخبر عنه فيجوز ان لا يقع دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها ك

... اسم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك (ويقع طلاقه) لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله) لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد قال (واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند ابي حنيفة

قوله وهذا اسم لان الحدود والقصاص من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمي بل هو مملوك من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما فاذا بقي على اصل الحرية فيهما صح اقراره بهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني ك (قوله لما روينا اراد به ما ذكر قبيل هذا وهو كل طلاق واقع الا الطلاق الصبي والمعتوه ك (قوله لا يملك الخ قلت غريب واخرج ابن ماجه في سننه في الطلاق عن ابن عباس قال اتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله ان سيدي زوجني امته وهو يريد ان يفرق بيني وبينها قال فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا ايها الناس ما بال احدكم يزوج عبده امته ثم يريد ان يفرق بينهما انما الطلاق لمن اخذ بالساق انتهى ت (قوله الا الطلاق فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحد والقصاص قلنا لما بقي على اصل الحرية فيما يكون هذا اقرار الحر لا اقرار العبد ك (قوله باب الحجر للفساد اخر هذا الباب لان اسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوي في التاثير اقوى فكان بالتقديم اولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه احرى بالتقديم ثم اعلم ان تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول ابي يوسف ومحمد لا على قول ابي حنيفة فانه لا يرى الحجر للفساد اصلا ك (قوله فلا يتحمل الاعلى اي الحجر لدفع الادنى وهو التبذير لان نعمة الحال نعمة زائدة واطلاق اللسان نعمة اصلية لان الآدمي انما فارق سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات ك (قوله على المتطبب الجاهل وهو الذي يسقي الناس في امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم ذلك او لا يعلم ك

(قوله ان منع المال الخ) اى لا نسلم ان علة المنع هو السفه وهذا لانه انما منع بقصد التأديب فاذا زال الرشد ...
للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بمنعها فانعدمت العلة بانعدام احد جزئيها وهو قصد التأديب ...
انتفاء المعلول الذى هو المنع ايضا بعدمها فوجب الدفع ثانيا (قوله بطريق التأديب) اى بطريق العقوبة
ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار اقواله فى التصرفات ...
حكمى والعقوبات بهذا الطريق

اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة وصار كالصبا ولابى حنيفة ان منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا فى هذا السن فلا فائدة فى المنع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو فى اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله انما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما فى الصبى الذى يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضى جاز عند ابى يوسف لانه لا بد من حجر القاضى عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضى وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هى السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعى لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه فى معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان فى عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شىء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه (واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى فى قيمته) لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض وعن محمد

غير مشروعة كالحدود ولا يدخل عليه اسقاط شهادة القاذف فانه متمم حده عندنا لانا نقول انما كان كذلك لكونه تابعا لما هو حسى وهو اقامة الحد لا مقصودا بنفسه ك (قوله الا ترى انه قد يصير الخ) وذلك لان ادنى مدة البلوغ فى حق الغلام اثنا عشرة سنة ثم يولد له ابن لستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ثم يبلغ ابنه باثنى عشر سنة ثم يولد له ابن لستة اشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة ولو من جهة الابن ابنة تصير جدة فى اثنين وعشرين سنة لان ادنى مدة بلوغ البنت تسع سنين لكن هذا الذى ذكره هاهنا فى الذكور والاناث ولما صار جدا صار فرعه اصلا فكان الجد متناهيا فى الاصالة فاذا لم يؤنس رشده فى سن تناهت اصالته عرفنا انه انقطع رجاء التأديب منه فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك اذ المنع كان للتأديب وهو لم يبق محلا للتأديب فى حق ماله ك (قوله باعتبار اثر الصبا) لان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبا وبقاء اثره كبقاء عينه واذا امتد الزمان ظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثر الصبا وحدث ضرب من الرشد لا محالة لانه حال كمال ك (قوله عندهما) وكذا عند ابى حنيفة علم بنص قولهما بالقيد احترازا عن قوله لان عند ابى حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء فى نفاذ التصرفات ع

قوله من العتق اى من حقوق العتق وهو امتناع البيع فيشبه حقيقة العتق فيعتبر بها اعتاقه (قوله
فيعتبر بحقيقته اى اذا ملك ازالة حقيقة العتق فلان يملك انشاء حقه كان اولى الا انه لا يجب الخ ع (قوله
الا انه لا تجب استثناء من قوله فيعتبر بحقيقته اى بحقيقة عتق المحجور بسبب السفه يجب السعاية ولا يجب
السعاية في المدبر في التدبير ما دام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب
نقصان التدبير عليه لانه لما بقي

ولا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب بعد عتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له) لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية (وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكوة من مال السفيه) لانها واجبة عليه (وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي ارحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفها لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال (وان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب

على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه دينا تعذر ايجاب نقصان التدبير عليه الا ترى انه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولا يجب المال ك (قوله لابقاء نسل اى بقاء نسله من الحوائج الاصلية فان حيوة الانسان ببقاء الولد بعد موته ع (قوله ونظيره المريض الخ لمريض المديون اذا ادعى ولد جاريته اى قال لامته هذه ام ولدي ان كان معها ولد تسعى في قيمتها للغرماء وان لم يكن معها سعت في جميع قيمتها للغرماء وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير فكذلك في رفع حكم الحجر عن تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد لها هنا فاقراره لها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك ويسعى في قيمتها بعد موته كما لو اعتقها ك (قوله فصار كالمريض مرض الموت في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل

وسقوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض يعتبر من الثلث وهما غير معتبرة اصلا ع (قوله او كل يوم
واحدة يعني لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يفعل مرارا من غير حصر فانه يصح تسميته في مقدار
مهر المثل ويبطل الزيادة ك (قوله بل يكفر الخ لكل حنث ثلاثة ايام متتابعات وعن كل ظهار شهرين
متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير ع

الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من ان يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله ابن عمر رضي الله عنه لا يجزيه غيرها من جزور او بقرة (فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله) عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم الآية وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

﴿فصـــل﴾ في حد البلوغ قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا) وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانية عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال

(لايكون)

(قوله استحسانا وفي القياس لا يعطى له نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع فصار كما لو اراد الحج تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام وجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا في فرضيته العمرة فلا يمنع منها احتياطا ك (قوله تحرزا من موضع الخ القارن يلزمه هدى ويجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة عند ابن عباس و ابن عمر رضي الله عنه يقول لا يجزيه الا البدنة وهي بقرة او جزور فمن اراد ان ساق البدنة فقد قصد به التحرز من موضع الخلاف واخذ بالاحتياط في امر الدين واراد ان فعله اقرب الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يمنع عنه ك (قوله فان مرض واوصى الخ قيد بالمريض باعتبار ان الوصية غالبا يكون في المرض فان السفيه الصحيح اذا اوصى بوصية فحكمها حكم المريض ع (قوله فيتناوله الخ فقوله تعالى رشدا منكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فان وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه ن (قوله لاسلامه اقول يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله لا محالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو فيه اقوى فلزم ان يكون من اهل الولاية فينبغي ان يكون واليا للتصرف ايضا غير محجور عليه كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله تعالى نتائج (قوله فصل في حد الخ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك نتائج (قوله بالاحتلام الحلم بالضم ما يراه النائم يقال حلم واحتلم ع (قوله فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم له ثماني عشرة سنة الا ويطعن في التاسع عشرة سنة (قوله حتى يستكمل الخ هذا اللفظ يدل على اختلاف الرواية ع

(قوله بلوغ الحلم) لما روى عن انس رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه واقيمت عليه الحدود وفيه ان هذا الحديث لم يثبت فسقط الاحتجاج (قوله حتى يبلغ اشده اى ثمانية عشرة سنة) في تفسير الاشد المتيقن لان بعضهم قالوا الاشد اثنان وعشرون وبعضهم خمسة وعشرون وبعضهم ثلثة وعشرون (قوله لاشتمالها العام اى زيادة سنة في حق الغلام لتوافق فصل من فصول السنة مزاجه (قوله ولم يكذبهما الظاهر) اشارة الى ان الغلام اذا ادعى البلوغ وعمره اقل من اثنا عشر سنة لا يصدق والجارية اذا ادعته وعمرها اقل من تسع سنين لا تصدق (قوله غرماء المفلس) ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر معناه الحقيقي بل المراد به من يدعى الافلاس فيتناول الغنى ايضا اذ الظاهر ان المديون الذي لا يؤدي دينه يدعى الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حال المفلس ولا شك ان الغنى الذي لا يؤدي دينه مثله في عدم اداء الدين مثل المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة (قوله بخلاف الجب) لان التفريق هناك متعين لانه لا يمكنه الامساك بالمعروف فتعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع من التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (قوله كيف وان صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه ● ١٨٠ ● اضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده قال الله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) كسب الحرام شرعا كالغصب والربوا (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم)

ويكون لاجل الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما من حيث المدة العادية في ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قال ابن عباس وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة (واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال (ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه) لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص (ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه) ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما

(قوله استحسان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى عنده ما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس (قوله متحدان فى الثمنية ولهذا يضم احدهما الى الآخر فى (قوله ولاية التصرف الخ الولاية فيه الايجاب والالزام وهو ايضا حال القاضى فيجبر فى حقه دون امره اذ ليس له ولاية على المديون فيناسب له رعاية الاختلاف (قوله بخلاف الاسهلاك

يتأخر حق الغرماء وتعلقت المديون فلا يكون حجر عن قول (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضى بغير امره) وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضى ان يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضى فى دينه) وهذا عند ابى حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما فى العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان فى الثمنية والمالية مختلفان فى الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا (ويباع فى الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر) لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى) لان به كفاية شمس الائمة الحلوانى لانه اذا عمر ثيابه لا بد له من ملبس قال (فان اقر فى حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه) لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى ارحامه ممن يجب نفقته عليه) لان حاجته الاصلية مقدمة على حق غرمائه ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت فى مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه فى كتاب ادب القاضى من هذا الكتاب فلا نعيده الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعنى خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض فى الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته

اى بخلاف ما اذا استهلك المحجور عليه قبل قضاء الدين مال انسان حيث يكون المتلف عليه اسوة للغرماء بلا خلاف لان فعله اعنى الاستهلاك مشاهد محسوس فلا يرد لان الحجر لا يعمل فى الفعل الحسى (قوله لانه مشاهد الخ وذكر فى حجر الذخيرة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضى بعلمه او بشهادة شهدوا على الاستقراض او الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غرماءه الذى له الدين قبل الحجر (قوله على المفلس المراد منه المعنى المجازى اى المديون فان اى المديون فان حمله على المعنى الحقيقى ينافيه قوله الآتى من ماله كذا فى نتائج الافكار مولانا محمد عبد الحليم

(قوله الى ان قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف الخ يعنى قال القدورى فى مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدورى بقوله وكذلك ان اقام الخ (قوله لوجوب النظرة الخ تعليل لذلك الحكم (قوله يعنى خلى الخ ذكر فى ادب القاضى حكم هذه المسائل وعطف عليه قوله وكذلك ان اقام البينة فقصر ذلك الحكم بقوله يعنى خلى سبيله مرادا من قوله وكذلك ان اقام البينة فيحبسه

فيه تحرزا عن الخ لانه لا يجوز اخلاؤه مكان الدين وعن ابي يوسف انه لا يخرج من السجن في
مرضه المضرور ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء ع (قوله
لتصحيح الاحترار عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا للجنبين لجانب
المديون انه ينفق على نفسه وعياله ولغريب المدين انه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه ع (قوله
ولا يحول بينه الخ اى لا يمنعهم

من يمكنه فيه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال
بعمله هو الصحيح ليضجر فيه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت
له جارية فيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين
فيعتبر بقضاء الاخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس
ويلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه السلام لصاحب
الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال (ويأخذون فضل
كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالا اذا فلسه الحاكم
حال بينه وبين الغرماء الا ان يقيموا البينة ان له مالا) لان القضاء بالافلاس
عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة
لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود
على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة
وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة
الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة
لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه
في موضع لانه حبس فيه (ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس
على باب داره الى ان يخرج) لان الانسان لا بد ان يكون له موضع
خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه
ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل
عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه
دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها) لما فيه
من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال (ومن افلس
وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرما
فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار
الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ
كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته

من ان يدوروا معه ع (قوله
قوله عليه السلام لصاحب الخ
فوجه التمسك به هو ان
الحديث مطلق في حق الزمان
فيتناول الزمان الذي يكون
بعد الاطلاق عن السجن
وقبله (قوله يقسم بينهم
الخ اى يأخذ كل واحد منهم
حصته من الدين وهذا اذا
اخذ واعضل كسبه بغير
اختياره او اخذ القاضي
وقسمه بينهم بدون اختياره
اما المديون في حال صحته
لو آثر احد الغرماء على
غيره بقضاء الدين باختياره
له ذلك نص على ذلك
في فتاوى النسفي ع (قوله
اى ان بينة اليسار الخ
اليسار اسم للايسار من
ايسر اى الغنى والاعسار
مصدر اى الفقر وفي بعض
النسخ على بينة العسار
قال في المغرب وهو خطأ
ع (قوله اكثر اثباتا لانها
تشهد بالوجود والاخرى
بالنفي والبينة المثبتة اولى

من النافية بسبب (قوله لانه حبس فيه وهو ليس بمستحق عليه وعن محمد انه قيل للمدعي ان يجلسه
في مسجد حيه او بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ع (قوله الحاجة
وعن هذا قيل ان اعطاه الغداء واعدله موضعا لاجل الغائط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب ع
(قوله وهذا لانه الخ بيان لصحة القياس ههنا ومدار على تحقق العلة الجامعة وهو كون البيع
عقد معاوضة

المساواة وصار كالخاتم وله ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم

كتاب المأذون

الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على مولاه ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لغيره باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه من التجارة (ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله انه تجارة والعبد متصرف

(قوله وصار كالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم مع ان العجز من تسليم شيء هو غير مستحق عليه بالعقد لان المسمى بالعقد الدين في الذمة وبانقطاع المسلم فيه عن الناس ثبت العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذا اذا عجز المشتري بالافلاس عن تسليم الثمن يوجب حق الفسخ للبائع وان لم يكن العين مستحقا بالعقد ك (قوله وهو غير مستحق اي موجب العقد ان موجب العقد ملك الثمن وهو يملكه دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملي ع (قوله فلا يثبت الخ اي العجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لانه لم يكن طريقا متعينا لدفع ضرره والوصول الى حقه لجواز ان يظهر له مال لم يكن له علم به او يحدث له مال بسبب بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد وبخلاف السلم لانه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكما لان العين في باب السلم اعطي له حكم الدين الواجب في الذمة لان الاستبدال فيه ممتنع شرعا وكان عجز المسلم اليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب حق الفسخ ك (قوله واسقاط الحق الخ وهو حق المولى في اليه الكسب والرقبة وانه يمنع تعلق الغير بهما وانه بالاذن اسقط حقه فعاد متصرفا بالمالكية الاصلية واهلية لنفسه ك (قوله لا يقبل التوقيت فانه لما كان التصرف بحكم مالكيته الاصلية وانما فائدة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط لحق المولى لا غير والاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق ع (قوله لا تتوقت من قبيل او كان اسقاط لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان في الحجر امتناع من الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لا لان الساقط لا يعود ك

...بنفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي) لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد واذا كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر (وله ان يسلم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله ان يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرتهن) لانهما من توابع التجارة فانهما ايفاء واستيفاء (ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الارض مزارعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه) لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه (وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لانه من عادة التجار (وله ان يؤاجر نفسه) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال (وان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال (وان اذن له

(قوله وعلى هذا الخ اى على هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابواه في التجارة ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير ... عند ابي حنيفة ع (قوله فمن جميع ما بقي يعني بعد دينه اولا فما بقي ... الدين يكون كله محاباة ع (قوله ولا وارث للعبد لا يقال ان المولى بمنزلة الوارث لانه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه في الثلثين فانه ينفذ تصرف المريض في الكل (قوله يقال الخ لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرض هو به فيخير لذلك ك (قوله له ان يسلم الخ اى والمأذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ك (قوله شركة عنان وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملك المأذون وهو الوكالة ع (قوله رأس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو رأس المال للمأذون له فهو يملك التصرف فيه ضرورة فالمأذون له يملك التصرف في نفسه الا اذا الخ ع (قوله اذا نهاه الخ اى اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد ان اذن له في نوع مخصوص منه والحاصل انه سواء نهى عن غير ذلك النوع او سكت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله كذا ذكر في الايضاح نتائج (قوله بخلاف الوكيل الخ يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره ع (قوله المزارعة عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند الامام وعندهما جائزة وبقولهما يفتى لتعامل الناس مجمع الانهر

في شيء بعينه فليس بمأذون) لأنه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لأهله وهذا لأنه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر كذا أو أد إلي ألفا وأنت حر لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب أو قال له اقعد صباغا أو قصارا لأنه أذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع فيصير مأذونا في الأنواع قال (وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع) لأن الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته وإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لأنه كالمحجور في حقه قال (وليس له أن يتزوج) لأنه ليس بتجارة (ولا يزوج مماليكه) وقال أبو يوسف رحمه الله يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها ولهما أن الإذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي قال (ولا يكاتب) لأنه ليس بتجارة إذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لأن المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق إلى المولى لأن الوكيل في الكتابة سفير قال (ولا يعتق على مال) لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى (ولا يقرض) لأنه تبرع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة قال (إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لأنه لا إذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف رحمه الله أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق

(قوله فليس بمأذون) كلام المصنف يشير إلى أن الفصل هو الصرف إلى الوصي واستحسن ... بالأول إذن دون الثاني ع (قوله للكسوة فيه لأنه إنما يكون استخداما إذا أمر بتصرف واحد ... اشترى ثوبا وبعه يكون مأذونا ك (قوله ينسد الخ فإن كل من علم أنه لو أذن لعبده في شراء ... أو جمد بفلس أو ما أشبه ذلك يصير مأذونا في التجارة ويعقد ذلك يصح إقراره على نفسه ... بحيث يتوى بذلك رقبته وكسبه فيمتنع عن استخدام مماليكه في ذلك فيفوت عليه مقاصده في الاستخدام فلهذه الضرورة جعلنا الإذن في بعض الصور إذنا في التجارة وفي بعضها جعلناه استخداما فالفاصل بينهما أنه إذا أذن له بعقود متكررة مرة بعد أخرى يعلم أن مراده الربح فيجعل ذلك إذنا في التجارة كما إذا قال اشتر لي ثوبا وبعه لأنه أمره بعقود متكررة وكذا لو قال بع ثوبي هذا واشتر بثمنه كذا يصير مأذونا في التجارة وإذا أذن له بعقد واحد لا يجعل ذلك إذنا في التجارة بل يعتبر استخداما كما إذا قال اشتر لي ثوبا للكسوة لأنه أمره بعقد واحد فلا يكون هذا إذنا في التجارة فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل ك (قوله من توابع التجارة أما الديون والودائع فظاهر فإن البائع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصوب فلأن الغصب يوجب الملك عند الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة (من) ملك توابعها لأنه لو لم يملكها لأدى ذلك إلى انسداد التجارة ع (قوله بما يجب المال الخ كالإقرار بجناية على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد وشبهه فإن إقراره باطل لا يؤخذ به حتى يعتق لأن ذلك الحجر إنما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة فصار إقراره فيها وإقرار المحجور سواء ك

قوله ولا تملك المحاباة الخ يمكن ان يكون جوابا عن سؤال مقدر تقديره ان يقال كيف جوزتم محاباة المأذون
(قوله وديونه الخ اى اداء ما وجب من الديون على المأذون بالتجارة او بما هو فى معناه ... عنى كالغصب ونحوه ... سواء اطلع الناس عليه او ... (قوله يباع الخ اى يبيعه ... ان لم يكن له كسب يتعلق برقبته يباع للغرماء ع
كان له كسب دفع بعينه بالاجماع وان لم يكن له كسب يتعلق برقبته يباع للغرماء ع (قوله يباع الخ اى يبيعه
... بين الغرماء بغير رضى المولى فان قيل ما وجه البيع على قول ابى حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر
العاقل بسبب الدين وبيع

من ميل ... باشياء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع
عنه فى العادة قال (وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من
صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط
من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك
المحاباة فى الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله ان يؤجل فى دين قد
وجب له) لانه من عادة التجار قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان
يفديه المولى) وقال زفر والشافعى لا يباع ويباع كسبه فى دينه بالاجماع
لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له
وذلك فى تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شىء منه عن الدين يحصل له
لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية
لا يتعلق بالاذن وله ان الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى
فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس
وهذا لان سببه التجارة وهى داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء
حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر فى حقه
بدخول المبيع فى ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافى تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما
غير انه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود
المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله فى اكتساب ديونه المراد
منه دين وجب بالتجارة او بما هو فى معناها كالبيع والشراء والاجارة
والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب
من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق
به قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار
كتعلقها بالتركة (فان فضل شىء من ديونه طولب به بعد الحرية)
لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كيلا
يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشترى (ويتعلق دينه بكسبه
سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من

القاضى العبد بغير رضى مولاه محجور عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضى الغرماء وحجر المحجور غير متصور نتائج (قوله الا ان يفديه المولى اى يؤدى جميع الديون ولم يرد به اداء قيمته وهذا لان حق الغرماء هو الدين فاذا استوفوه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع ك (قوله الا ان يفديه الخ اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم فى رقبة العبد المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او حضرة نائبه بخلاف الكسب فانه لا يحتاج فيه الى حضور المولى لان العبد خصم فيه ع (قوله لا يباع لان الدين يتعلق بالكسب لا بالرقبة تبيين (قوله ويباع الخ وابو حنيفة انما لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما

العبد فيرى الحجر عليه الا ترى ان المولى يحجره فكذا هذا حجر القاضى عليه ببيع الكسب
عينه ك (قوله وذلك اى تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان فى تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة
ك (قوله بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه لانه لا تعلق له بالاذن فان وجوبه بالجناية وقبل الاذن
يباع بدين الاستهلاك فكذا بعده ك (قوله لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه يبيع بذلك
وليس الكلام فى ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ع

(قوله وان يأخذ الخ) اى للمولى ان يأخذ الغلة وهى الضريبة التى يضرب المولى على العبد كل شهر بعد الدين عليه استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الاستحسان ان فى ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولا يحصل المكاسب الا ببقاء الاذن فى التجارة وبوصول اخذ الغلة لحجر عليه فينسد باب الاكتساب ك (قوله على مثل الغلة) كل ما يحصل من ريع الارض او دار او اجرة غلام او نحو ذلك

اخذه لان المولى انما يأخذه فى الحدث بسبب استيفائه عن ماليته ان وجد ويوم يوجد

(ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص

(له ان يأخذ غلة مثله بعد الدين) لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيه

وتقدم حقهم قال (ومن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه) لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه فى السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذى علم بحجره ولو حجر عليه فى بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشيوع فى الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن فى حالة البقاء وهى تنعدم بالموت والجنون وكذا بالحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا ابق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعى يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فكذا لا ينافى البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولدت المأذونة من مولاها فذلك حجر عليها) خلافا لزفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح

ع (قوله لما لم يتعلق برقبته الخ) لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه المولى وان لحقه دين اقام البينة انه قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم ع (قوله كما فى تبليغ الرسالة الخ) فان الذمى اذا اسلم ولم يعلم بوجوب الصلوة حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب فى دار الاسلام والحربى اذا اسلم فى دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر فى دار الحرب ك (قوله يعطى لدوامه حكم الابتداء) لانه اذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ فى كل ساعة فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد فاذا كان كذلك فلا بد من قيام اهلية الاذن فى حالة البقاء كما يشترط للابتداء ك (قوله وهى تنعدم الخ) الطلاق والاذن يشتركان فى كونهما اسقاطا ولهذا لا يتوقتان بالتوقيت ويفترقان فى اللزوم وعدمه ولهذا يبقى الطلاق

(قاص)

بعد الجنون دون الاذن لان لبقاء الاذن حكم الابتداء بخلاف بقاء الطلاق اعظمى (قوله صار محجورا عليه) وان عاد العبد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد الصحيح انه لا يعود ع (قوله لا ينافى ابتداء الاذن) فان المولى اذا اذن لعبده الآبق فى التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلان لا ينافى فى بقائه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء ع

(قوله اكثر من قيمته) انما قيد بكونها اكثر من قيمتها ليظهر الفائدة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها ع (قوله لما قررناه في ام الولد وهو قوله لانه اتلف محلا تعلق به حق الغرماء ك (قوله فاقراره جائز بخلاف ما ... المأذون ... لا يجوز اقراره فيما في يده قيد به لانه لا يصح اقراره فيما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار ... قوله من ... قيد به لانه لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالاجماع ك (قوله ومعناه الخ انما فسره بذلك لان مطلق الاقرار منه ما كان

... على الاتلاف ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لانه اتلف محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم قال (واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لان دلالة الحجر انما تعارض ما امرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد قال (واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة) ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال (واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه

مضمونا كالديون والغصوب والامانات فتبين ان المراد به التعميم ع (قوله لان يد المحجور الخ ورد بانا لانسلم ان يده غير معتبرة فانه لو استودع المحجور وديعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كسائر امتعة الربيع في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء واجيب بان تأويلها اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد اما اذا علم ذلك فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم يعلم بانه كسب العبد ع (قوله غير معتبرة اى فيما هو من كسبه او فيما عرف انه من مال المولى واذا لم يكن كذلك فيده معتبرة ك (قوله وصار كما اذا اخذ الخ بيان لابطال الحجر يد بمسائل متفق عليها فان المولى اذا ... ما في يده لا يصح اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره يثبت الحجر ع (قوله ولهذا لا يصح اقراره الخ يعني اذا اقر بعد الحجر ... لا يصح هذا الاقرار في حق الرقبة حتى لا يباع العبد بعد الاقرار بالاتفاق عيني (قوله واقراره دليل الخ يعني ان مطلق اقراره دليل تحقق الحاجة فلا لحالة المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها صح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجاب بقوله بخلاف الخ

فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عتقه يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) اما عندهما فظاهر وكذا عنده فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز) لانه متهم فى حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبى عند ابى حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى اصلهما اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبى لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن فى البيع مع الاجنبى وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما قال (وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع) لان المولى اجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة فى هذا البيع ولانه مفيد لانه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له ذلك التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى فى العين من

(قوله واذا عرف الخ اى اذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لان من قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله ع (قوله وان لم يكن الخ الظاهر ان مراده ان لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه فى قولهم جميعا كما صرح به فى الكافى وسائر الكتب المعتبرة الا انه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر رقبته بناء على ما ذكرنا من ان تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته واذا لم يحط الدين بماله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثانى بعد ذكر الاول وما وقع فى عامة الكتب من قبيل التصريح بما علم التزاما بمجرد الاحتياط تدبر (قوله عنده اى الصورة الثانية كما اذا اذن لعبد فاشترى عبدا يساوى الفا والمأذون ايضا يساوى الفا وعليه خمس مائة واما الصورة الثالثة اى احاط بماله دون رقبته كما اذا اذن لعبد فاشترى عبدا يساوى الفا والمأذون ايضا يساوى الفا وعليه الف درهم فحكمهما ان المولى اذا اعتق العبد المشترى فعتقه جائز بالاتفاق كذا نقل فى غاية البيان وقال فى نتائج الافكار ان فى جواز عتقه على رأى الامام ابى حنيفة اشكالا فان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذى احاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك فكيف يجوز اعتاقه فتأمل مولانا محمد عبد الحليم (قوله وان باع الخ اى اذا باع العبد المأذون المديون شيئا من اكسابه من المولى بمثل قيمته جاز وان لم يكن مغبونا لا يجوز (حيث
لـه (قوله لانه متهم الخ اى فى حق مولاه بميله اليه عادة ع (قوله متهم وفى بعض النسخ متهما اى من المولى والاجنبى مثل (قوله متردد بين التبرع الخ اما التبرع فللنقصان من الثمن فى قدر المحاباة واما البيع فلدخوله الخ ع

قوله علاو ماإذا كان الثمن عرضا لأن المولى يستوفيه وهو أحق به من الغرماء لأنه ملكه بعينه بالعقد
يجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده كالوادع عند عبده شيئا أو غصبه منه ع (قوله وجاز أن يكون
ى دين قبل على هذا التقرير إذ استوجب المولى دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله وهو
مه على ما قلتم آنفا أجاب عنه بقوله وجاز الخ ع (قوله إذا كان يتعلق بالعين كالمكاتب فإن
إذن إذا صح عتقه بدل الكتابة وهو دين يتعلق برقبته وهذا لأن البيع قبل التسليم

دين عمن علو دق بعد سقوطه يبقى في العين ولا يستوفيه المولى عن عبده
علاو ما إذا كان الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين
وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز) لأن البائع له حق الحبس في المبيع
وإذا كان أخص به من سائر الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق في الدين
إذا كان يتعلق بالعين ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع
لا يستحق منه ب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء (قال وإذا أعتق المولى
المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء
لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقي من الديون يطالب به
بعد العتق) لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضمانا فبقي
الباقي عليه كما كان (فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لأن حقهم بقدره
علاو ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لأن حق
الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن
شيئا قال (فإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه
فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاؤا ضمنوا المشتري) لأن
العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم
والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب
فيخيرون في التضمين (وإن شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لأن
الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون (فإن ضمنوا
البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة) فيكون
حق الغرماء في العبد لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم
وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان
له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا (قال ولو كان المولى
باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع لتعلق حقهم
وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالأول

يزيل التعيين عن ملك
البائع ولا يزيل يده ما لم
يستوف الثمن فإذا كان اليد
باقية تعلق حقه بالعين من
حيث هي وبالثمن من حيث
تعلقه بالعين ع (قوله
يؤمر بإزالة الخ قال في
النهاية هذا على رواية
صاحب المبسوط وأما على
رواية صاحب الكتاب
وهو رواية مبسوط شيخ
الإسلام فإن هذا البيع لا يجوز
عند أبي حنيفة رح أصلا كما
في جانب العبد ع (قوله
كالإذن فإن قيل يشكل بما إذا
كفل رجل عن غيره بغير
إذنه ثم أذن المكفول له
لا يرجع الكفيل عليه قلنا
لأنه لا يحتاج إلى الإذن فلا
يؤثر الإذن فيها ولا كذلك
ههنا فإن البيع يتوقف
لزومه على إجازة الغرماء
(قوله كما في المرهون يعني أن
الراهن إذا باع المرهون بدون
إجازة المرتهن ثم أجازه المرتهن
جاز البيع لأن الإجازة في
الانتهاء كالإذن في الابتداء

المشتري شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبائع أسوة الغرماء ولو لم يقبضه المشتري فإن البائع
أحق به اتفاقا كذا في الدر المختار وقال في رد المحتار قوله فالبائع أحق به الظاهر أن المراد أنه أحق بحبسه
عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت أو يبيعه القاضي ويدفع له الثمن فإن وفى بجميع دين البائع فبها وإن
زاد دفع الزائد لباقي الغرماء وإن نقص فهو أسوة بالغرماء فيما بقي له وليس المراد بكونه أحق به أنه يأخذه مطلقا
إذ لا وجه لذلك لأن المشتري ملكه وانتقل بموته إلى ورثته وتعلق به حق غرمائه

(قوله قالوا تأويله الخ في هذا اللفظ نظر اذ كان من حقه ان يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يفي ... كما هو المذكور في جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام ومأذون الجامع الصغير ... والتفسيره وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا ... لفوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من ديونهم على العبد اللهم الا ان يريد بقوله فان وصل لا محاباة ... البيع رضاء الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضيين بالبيع فيسد عليهم باب الرد (قوله البائع الخ اما اذا كان المشتري غائبا والبائع حاضرا فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقبة العبد بلا خلاف حتى يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري وابطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيه فما لم يبطل ملك المشتري لا يكون الرقبة محلا لحق الغرماء الا ان لهم ان يضمنوا البائع قيمته لان بالبيع والتسليم صار مفوتا محل حقهم ك (قوله اذا انكر قيد بالانكار لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف ع (قوله لزمه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اخبر انه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة ع (قوله كيلا يضيق الامر الخ توضيحه ان للناس حاجة في قبوله لان الانسان يبعث (سطر) الاحرار والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين على كل تصرف انه مأذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى ع (قوله الا انه الخ استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه ع

ثم مؤخر والثاني ناقص معجل والبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم (قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري) ومعناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له رح وهذا مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قد (ومن قدم مصرا فقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة) لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه اذ دليل عليه لظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس (الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه (فان حضر وقال هو مأذون بيع في الدين) لانه ظهر الدين في حق المولى (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالاصل (فصل) (واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته

بضرر محض لا يسبقه المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتق لانه ضرر محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولى لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف فى نفسه وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصى والقاضى والوالى بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد ماثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما فى العبد ويصح اقراره بما فى يده من كسبه وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما فى العبد والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبى يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصى دون غيرهم على مابيناه وحكمه حكم الصبى والله اعلم

﴿ كتاب الغصب ﴾

الغصب فى اللغة عبارة عن اخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفى الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع

قال (ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك فى يده فعليه مثله) وفى بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان

(قوله واحتمال تبدل الحال فان مال الصبى يحتمل ان ينتقل من الهداية الى غيرها فيبقينا ولاية الولى ليتدارك بث ع (قوله يكون موقوفا الخ فان قيل اداء ما شيئا باضعاف يكون نافعا محضا كقبول الهبة فيجب عدم الاذن فى احاب بان المعتبر فى ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا ع (قوله ينتظم الاب والجد ايم ليس المراد به الترتيب لان وصى الاب مقدم على الجد وترتيبه وليه هو الاب ثم وصى الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضى او وصيه ثم الوالى عنايه (قوله والوصى والقاضى الخ اما الام او وصى الام فلا يصح منهم الاذن له فى التجارة لانه غير ولى فى التصرفات مطلقا بل هو كالاجنبى الا فيما يرجع الى حفظه ولهذا لا يملك بيع عقاره وانما جاز بيع وصى الام العروض التى ورثها صغير من الام بطريق التحصين والحفظ على الام الميتة وعلى الصغير لا لانه تجارة حتى لو اشترى شيئا آخر لليتيم لا يجوز وليس فى الاذن تحصين وحفظ ك (قوله بخلاف صاحب الشرط فى المغرب الشرط بالسكون والحركة خيار الجند واول كتيبة يحضر الحرب والجمع شرط وصاحب الشرطة فى باب الجمعة يراد به امير البلدة كامير بخارى وكان الولى اكبر من صاحب الشرط لان للوالى تقليد القضاء فلذلك ثبت ولاية اذن الصبى للوالى دون صاحب الشرط ك (قوله بان يعقل الخ احترز عن الذى يتكلم بالبيع والشراء ولكن لا يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له كما فى الكافى ع وقيل بان يعرف الغبن الفاحش من اليسير ونقل فى المحيط عن الكرخى ان الاذن اذا لم يعقل كان ذلك تصرف بما ليس يعقل ع (قوله ويصير مأذونا بالسكوت بان يراه وليه يبيع ويشترى ويسكت عيني (قوله كتاب الغصب المناسبة بين كتاب الغصب وكتاب المأذون ان المأذون يتصرف فى الشئ بالاذن الشرعى والغاصب يتصرف لا باذن شرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع عن (قوله اخذ مال الخ ثم لابد ان يزاد على هذا التعريف على سبيل الجهر ليخرج السرقة شرح وقايه

ادى للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع) لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام (والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها) لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول)

(قوله لابي يوسف الخ قدم قول ابي يوسف في التعليل ولم يوسط كما هو حقه لرعاية بين الاقوال [illegible] ترتيب الزمان فان الاوقت من هذه الاقوال الثلثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة [illegible] على ترتيب هذه الازمنة لم يثبت الا تقديم قول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول ابي حنيفة [illegible] (قوله انه لما انقطع الخ اقول قول ابي يوسف اعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة [illegible] الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب شرح وقايه (قوله ولهذا لو صبر الخ لو كانت القيمة ثابتة بمجرد القيمة لكان يجبر على قبول القيمة لو اتى بها الغاصب ولا يمكن له الصبر الى مجيء اوان المثل وحيث لم يجبر ولنا ذلك على ان ايجاب المثل انما يثبت بالقضاء ك (قوله فهو كالمكيل قيل وانما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصنوع من القمقم والطست وليس بواضح لان من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير ع (قوله لقوله عليه السلام على اليد الخ قلت اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ت (قوله لا يحل الخ قلت اخرجه ابو داود في كتاب الادب في باب المزاح والترمذي في اواخر الفتن عن يزيد ابي السائب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يأخذ احدكم متاع اخيه جادا ولا لاعبا واذا اخذ احدكم عصا اخيه فليردها عليه ت (قوله لاعبا ولا جادا بتوسط حرف العطف كذا في المبسوط ومعناه ظاهر والرواية في المصابيح لاعبا جادا بدون توسط حرف العطف بينهما اي لا يريد سرقته ولكن يريد ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الغيظ على اخيه ك

قوله واذا غصب الخ قول كان اللائق بالمصنف ان يذكر الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب الخ لان
قوله واذا غصب مفرع على ما سبق من الاصل فينبغي ان يظهر علامة التفريع في اللفظ والعجب ان كلمة
الفاء مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف بالواو في البداية والهداية ثم اقول المراد
بالغصب في قوله واذا غصب الخ هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي وقال بعض افاضل الطلاق
 بعد الغصب فيما ما زعم على سبيل المشاكلة تسامح (قوله

الغصب حقيقة يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنه وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال (وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح (وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه اتلف البعض فياخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال رض وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين (قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه) وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب رد القيمة ويتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص في يده ضمن النقصان) لانه يدخل بجميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه مضمون عقد اما الغصب قبض والاوصاف

فهلك في يده بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء ك (قوله لتحقق الخ هذا التعليل لقول محمد وعند الشافعي يتحقق الغصب باثبات اليد المبطلة وتعليل قول محمد على هذا الوجه يدل على ان الاختلاف بين علمائنا الثلثة في حد الغصب بانه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة لا كما ظنه البعض ان حده عند محمد اثبات يد العدوان كما قال الشافعي اذ لو كان كذلك لاتفق جوابهما في زوائد المغصوب ك (قوله لاستحالة اجتماع اليدين اي من جنس واحد وانما قيدنا بهذا احترازا عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان ع (قوله وجحود الوديعة اي في العقار فانه اذا كانت وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه

الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود به تناقض ظاهر ع (قوله كما اذا بعد المالك عن المواشي فانه ذلك لا يكون غصبا حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا في المبسوط ك (قوله ممنوعة فانه ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا تضمن ع (قوله ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي فظاهر واما قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن به

تضمن بالعمل لا بالعقد على ما عرف قال رض ومراده غير الربوي لا
تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال (ومن غصب
عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة
قال رض وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف
اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه
اما الضمان فظاهر وكذلك الملك في المضمون لان المضمونات تملك بأداء
الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث
وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل
على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك
العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان)
لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو اداه اليه يباح له التناول فيزول الخبث
بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه
ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري
الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرف الى حاجة نفسه فلو اصاب
مالا يتصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء
عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين
ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف درهم فانه يتصدق بجميع
الربح) وهذا عندهما واصله ان الغاصب والمودع اذا تصرف
في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف
وقد عرفت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك
الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه
ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب
اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن
اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا

(قوله ومراده الخ اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربوي
كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او آنية فضة فانكسر عنده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل
لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء اغرمه مثله ان كان
من ذوات الامثال وقيمته ان كان من ذوات القيم فان كان الاناء من فضة اخذ قيمته من الذهب وان كان
الاناء من ذهب اخذ قيمته من الفضة كذا في نتائج الافكار وغيرها (قوله لما بينا اراد به قوله لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب ك (قوله انه حصل الخ اقول فيه نوع تأمل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر ان الغلة اي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط فما وجه القول بانه لا يتصدق نتائج (قوله انه حصل بسبب خبيث اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه حصل بسبب خبيث فان قيل التصرف في ملكه مستند فاين يكون الخبث فاجاب بقوله والملك المستند ناقص معنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الهالك ع (قوله بخلاف ما اذا باعه الخ اي الغاصب باع المغصوب واخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري يضمن المشتري قيمته ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب في اداء الثمن بالغلة لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري فلا يزول بالوصول اليه بخلاف الاول فان الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة الى يده ك

يتصدق بما لا يطيب له وهكذا قال الكرخي رح لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين

قال (وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

(فصل) فيما يتغير بعمل الغاصب قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق

(قوله لا يطيب له الخ) وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة او الشبهة يثبت الخبث ولا يثبت في ابدالهم الا الشبهة لانه اذا اشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر واذا نقد استفاد به سلامة المشترى واذا اشار ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة النقد انه دينار جيد او ردي والمقدار واذا نقد ولم يشر استفاد بها سلامة فالمال يصير عنهما عوضا فلا يثبت انه لا يثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الخبث ك (قوله وهو المختار قال في التصحيح قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا تقرر رأى الصدر الشهيد وشمس الائمة السرخسي نتائج (قوله لان الربح انما يتبين العلان الربح فضل والفضل انما يكون بعد المساواة والمساواة انما تتحقق عند الجنس فلا تساوي فلا فضل ك (قوله فصل فيما يتغير الخ لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول بملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله ع (قوله بفعل الغاصب احترازعما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او صار الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذ وان شاء تركه وضمنه ع (قوله حتى زال اسمه احترازعما اذا غصب شاة وذبحها فانه لا يزول وان فات اعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لانه يقال شاة مذبوحة (قوله واعظم منافعها كما اذا غصب حنطة وطحنها لان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن وهي جعلها بذرا وهريسة وكشكا وغيرها ك (قوله يضمنه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز ع

يتصرف الاترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام فى الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع الغاصب قبل الارضاء ولان فى اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما فى الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار مستوفى فحصلت مبادلة بالتراضى وكذا اذا ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ضمنه بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لانه لا يقضى الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير انه عند ابى يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفى الحنطة يزرع لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال (وان غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابى حنيفة فيأخذها ولا شئ للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها) لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الاترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس مال فى المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الاترى ان الاسم باق ومعناه الاصل الثمنية وكونه موزونا وانه يجرى فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال (ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعى للمالك اخذها والوجه من الجانبين قلناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبورا بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن

(قوله عليه السلام فى الشاة الخ رواه ابوداود فى سننه فى اول البيوع عن رجل من الانصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنازة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على القبر يوصى الحافر اوسع من قبل رجليه اوسع من قبل رأسه فلما رجع استقبله داعى امرأته فجاء وجئ بالطعام فوضع يده ووضع القوم فاكلوا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمة فى فيه ثم قال انى اجد لحم شاة اخذت بغير اذن اهلها فارسلت المرأة يا رسول الله انى ارسلت بالبقيع اشترى شاة فلم اجد فارسلت الى جارلى قد اشترى شاة ارسل الى بثمنها فلم يوجد فارسلت الى امرأته فارسلت بها الى فقال عليه السلام اطعميه الاسارى تخريج زيلعى (قوله افاد الامر الخ فان قيل انما يتصدق عندكم بالربح لا بالاصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج فيما روى عن محمد انه يتصدق بالاصل فبقى الباقى على ظاهره وهو حرمة الانتفاع كذا فى الاسرار ك (قوله او ضمنه الحاكم قيل معناه ان يكون المغصوب منه من كان القاضى وليا له وفيه انه لا يساعده قوله الآتى لانه لا يقضى الا بطلبه فان من كان القاضى وليا له لا يلزم منه الطلب لقضاء القاضى له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا اللهم الا ان يقال ان طلب القاضى فى حكم طلب من كان القاضى وليا له فانه نائب منابه وقيل معناه قضى الحاكم بالضمان من غير ان يقع اداء البدل من الغاصب مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده (قوله ومن غصب ساجة بالجيم وهى الخشبة العظيمة جدا والخشبة المنحوتة المهياة للاساس ونحوه كذا فى المغرب ك (قوله والوجه من الجانبين قلناه اى فى اول هذا الفصل فى قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب ك

قوله الا من اللوح الخ فليس للمالك ان ينزع اللوح موجهه بشرط ان تكون السفينة في لجة البحر بحيث لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع عينه فلا يصح الاستشهاد به (قوله اذا بنى ... بان جعل الساجة في وسط الجدار للاحكام لا للبناء كما في الاسطوانات والابنية المرتفعة (قوله وكذا الجزور) وهو ما يعد للنحر من الابل والجزر هو القطع يقع على الذكر والانثى وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من

... اذا جعل الفرج المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي انما ... الا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة اما اذا بنى على ... لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح

(ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها

اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع

طرفه (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه

والثوب لمالكه) لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه (وان

خرق خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا

والفائت به بعض المنافع قال (ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له

اقلع البناء والغرس وردها) لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها

كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص

بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا

الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اعتبار تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيته للدر والنسل المطلوبين منها فينبغي ان لا يضمن الغاصب النقصان في الجزور لانه لم يتحقق امر امثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لا نقصانا فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل ان يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان يحصل مقاصده فيه نتائج (قوله جعل في الاصل الخ) في المبسوط ذكر محمد في كتاب الغصب اذا غصب ثوبا وقطعه قميصا فقبل ان يخيطه جاء المالك فهو بالخيار ان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعدما قطع قميصا بقي صالحا للقميص وان لم يبق صالحا للقباء ... (قوله ليس لعرق ظالم حق) ... على وجه الصفة بالموصوف ذكر في المغرب اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا ... وصف الغرس بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز وفي الاصح انه في بعض الروايات على الاضافة كفاية

(قوله يؤمر بقلعه يعني ليس معنى قوله مقلوعا ان يقلع ثم يقوم بل يقوما وهما قائمان فيقوم مالك مقلوعين ص (قوله فيقوم الارض الخ يعني قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا وقيمة الشجر المستحق قلعه خمسة عشر فيضمن صاحب الارض خمسة دنانير الغاصب فيسلم الارض وكذا البناء (قوله اعتبارا بفصل الساحة كان في فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم يتضرر الارض به فكذلك هنا لان في ... منها شغل ملك الغير بملكه

ويكونان له) لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رح في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رح وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ

ع (قوله والخيرة الخ جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة ثوب ابيض ع (قوله لكونه صاحب الاصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ ع (قوله فيتلاشى اي بالغسل ولم يحصل للغاصب منه شيء فلم يؤمر الغاصب بقلع صبغه كيلا يفوت حقه اصلا (قوله في اصل المسئلة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر الخ واحترز بهذا القيد عن ان يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كان مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من ابي عصمة في اصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا للنقل ع (قوله الوجه الخ اي الجواب وتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصباغ اما حكمه في الغصب فقد ذكر ان صاحب السويق بالخيار ان شاء (قوله ضمنه مثل السويق وان شاء اخذها وغرم السمن واما حكم السويق والسمن في الاختلاط بغير فعل احد فقد ذكر في الايضاح ان السمن لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق اصل والسمن كالتبع له فانه يقال سويق ملتوت واما العسل والسمن فكلاهما اصلان له

قوله ضمنت الخ فان صاحب الثوب استوجب نقصان قيمة الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة صبغه وهي خمسة فيصير خمسة قصاصا فيرجع عليه بما بقي من النقصان وهي خمسة عيني (قوله فصل لما فرغ من ذكر ... فيوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية نتايج (قوله فقيمتها فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها ع (قوله عدوان محض ... وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

(فصل)

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها) وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك) لانه اثبته بالحجة الملزمة قال (فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (وان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون

اي ما فيه وجه اباحة فلا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والتعدي لا يكون مشروعا لان ادنى درجاته ان يكون مباحا والتعدي لا يكون مباحا ك (قوله انه ملك الخ يعني ان المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل من ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل بشرط ان يكون البدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك ع (قوله نعم قد يفسخ الخ جواب عما يقال لا نسلم ان المدبر لا يقبل النقل من مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وينفسخ التدبير اذا خاصمه المشتري بالتسليم وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه مع كان البيع مصادفا من لا للمدبر فيجوز بيعه مصادفة القن بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير ك (قوله الا ان يقيم المالك الخ فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لا تقبل بينته بل يحلف عن دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل قال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت ع

(قوله مضمونا عليه لوجود سبب الضمان فى حق الام وان لم يكن هناك منع من الخروج ع (قوله
ثابتة الخ واعترض بان هذا يقتضى ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة
كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت فى يد الغاصب وولدت والرواية
واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا فى الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على
كذا فى العناية وكثير من الشروح

مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذا الولد حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما فى الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه وأكله او باعه وسلمه وفى ظبية الحرم المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة فى ضمان الغاصب فان كان فى قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعى رح لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما فى ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب فى يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولهذا طريقة وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضى اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصى لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد فى السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت فى نفاسها

ثابتة (قوله ولو اعتبرت اى لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبعا لملك الام فانه ما زال اليد اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ك (قوله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده كما لو باع الوديعة وسلمها فانه يكون ضامنا فان قيل فليس فى البيع والتسليم تفويت يد المالك فى الولد فلا يقابل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال بيعه وتسليمه فلو جود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا كذا فى المبسوط ك (قوله وهو الشرع لان الحق فى صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده اى بعد منه فوجد المنع منه بعد الطلب وهو سبب للضمان ك (قوله ولو اطلق الجواب الخ يعنى لو قيل يوجب الضمان فى ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال وبعده فهو ضمان جناية (يعنى اى اتلاف لان الضمان فى صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية حكما لانه كان صيدا آمنا فى الحرم وذلك فى تمره وبعده من ايدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية حكما وقد تحقق ذلك فى الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمحفوظة بالايدى وانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدى لا باثبات اليد عليها كافى

قوله لم يصح لانه وصل الحق الى المستحق وصح الرد بموجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم ان الرد صح
فيما هلكت بسبب كان عند الغاصب اجاب بقوله والهلاك الخ ع (قوله بسبب حدث الخ اى الرد عليه
به من الولادة هما سببا للهلاك وقد صرح فيه من انها ليست بسبب للموت حيث قال وتحريح
ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضى اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في الدفعه

ثم لا يضمن الغاصب في يده ثم ماتت ولا ضمان عليه في الحرة عند ابى حنيفة وقالا لا
يضمن في الامة لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد
المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها
فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية
قد حبلت عند البائع ثم ولدت عند المشترى وماتت في نفاسها لا يرجع على
البائع بشيء ولهذا الاصل عندهما ان الغصب موجب الضمان عند تعذر رد
العين فلم يصح الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما
اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها ان
كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة
لانها لا تضمن بالغصب فيبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء
الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم
لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب (قال ولا يضمن الغاصب
منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي
يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها
فيجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى
تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها
في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها
دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها
لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء
الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في
ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما
انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

﴿ فصل في غصب ما لا يتقوم ﴾

قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما
فان اتلفهما لمسلم لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمنهما للذمي
ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما

تمامه (قوله وفي فصل الشراء الخ هذا جواب عن قولهما وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قبل هو ممنوع ولئن سلم فنقول ليس على البائع هناك الرد ولكن عليه التسليم لانه لم يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد وهو انه مال متقوم فقط وجه ذلك لانه سلمه كما وقع عليه العقد لان العقد يرد على العين لا على الاوصاف ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن وبموتها في النفاس لا ينعدم التسليم والواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك انما يتحقق في الرد كما قبض لان الاوصاف داخلة في الغصب ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف في الغصب يكون الرد بدونها ردا فاسدا ك (قوله وما ذكرناه اى حاصل ما ذكرناه وهو ان يردها كما غصبها (قوله شرط صحة الخ اى الرد على الوجه الذي اخذه شرط صحة الرد فحيث غصبها ولم يوجد

فيها سبب حبل وهو لحبل وردت وفيها ذلك لم يوجد شرط صحة الرد فلم يصح الرد (قوله فلم يوجد السبب اى سبب التلف اذ الجرح في يد الغاصب ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببا حادثا في يد المالك فلا يضمن الغاصب بخلاف الحبل فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان في يد الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الطلق المتوالية وذلك لا يحصل بذلك الحبل عند الغاصب وهي غير موجبة لما كان بعده اما الحبل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الام الولادة فما يحدث به يكون مضافا الى السبب الاول

كمن اوباعهما من الذمي لانه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في حق الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع من تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى من عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يستحله لان ولاية المحاجة ثابتة (قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وطريقه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع (قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان

(قوله ان التقوم باق الخ تحقيق ذلك ان الخمر والخنزير كانا حلالين في الامم الماضية وكذلك في هذه الامة في ابتداء الاسلام وورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على من بعد كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار الا ترى الى خطاب الله تعالى الى المؤمنين في سورة المائدة بقوله يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه والمؤمن هو الذي يفلح وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ص (قوله كالخل لنا دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتقومها بذلك ع (قوله بخلاف الربوا فانا نتعرض لهم في ابطال عقود الربوا لانا لا نضمن لهم ترك التعرض في ذلك مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد كاك (قوله لانه مستثنى الخ فلا يشمله عقد الذمة الموجب لترك التعرض فيجب منعهم وايضا عقد الربوا ليس بمستثنى منهم اذ لم يجز الربوا في دين من الاديان منصوصا (بقوله في اهل الكتاب قال الله تعالى في حقهم واخذهم الربوا وقد نهوا عنه فان قيل قوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد يقتضي انتهاء عقد الذمة باخذ الربوا فلم يجب تأويله بانه ليس بيننا وبينه العهد بموجب العهد في حق ترك التعرض عليه جمعا بينه وبين الادلة الدالة على حرمة القتل عند قبول الجزية اعظمى

...صمه وهو ان يقوم فيضمنه مصبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ ...ولانه واجب الرد ما دام قائما فيخلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق ...هلاك بنفسه وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف ...س اما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة ...لاستعماله ما لا قيمة فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ ...فكان حقا له والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب رد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الصبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمن قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للمالك بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هاهنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو

قوله كما في المستعار يعني ان المستعار واجب الرد فاذا فوت المستعير بالاستهلاك يجب عليه القيمة ...ت فلذا كذا هذا الجلد واجب الرد ما دام قائما وجب عليه قيمته واذا هلك فلا غاية البيان (قوله محمول على اختلاف الجنس يعني ان القاضي قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب قيمته ويأخذ منه زيادة الدباغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه الخ ع (قوله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمونة فكذا الجلد والا فالقبض موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك ع (قوله والجلد غير تابع الخ الحاصل ان الضمان بسبب التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد بسبب الملك والجلد فيه اصل لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة ع (قوله بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا واقتم الذكي استظهارا لان التقوم في الذكي والثوب كان ثابتا الخ ع (قوله لانه اذا تركه الخ اي لم يأخذه برد قيمة الدباغ اليه وضمنه قيمة الجلد الذكي عجز الغاصب الخ (قوله فصار كالاستهلاك الخ وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز تضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ع (قوله على ما بيناه من الدليل لابي حنيفة وله ... فيه في استهلاك قبل هذا عن (قوله ثم قيل يضمنه الخ يعني لما كان عندهما للمالك ولاية التضمين اختلف المشائخ على قولهما عن (قوله فالرابشيرالى ان ... قولا آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه ع (قوله وبهذا فارق اي الاستهلاك الهلاك لانه لا تفويت منه هناك كذا قيل

على ماقيل وقيل فى دبغ الجلد وهو استهلاكهما لايضمنهما عند ابى حنيفة
لهما كما فى دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد انه ان صار خلا
ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شىء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم
وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو
بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل فى التقدير وهو على اصله
ليس باستهلاك وعند ابى حنيفة هو للغاصب فى الوجهين ولا شىء عليه
لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان فى الاستهلاك لانه اتلف ملك غيره
وعند محمد لايضمن بالاستهلاك فى الوجه الاول لما بينا ويضمن فى الوجه
الثانى لانه اتلف ملك غيره وبعض المشائخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه
ان للمالك ان يأخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شىء لان الملقى فيه يصير خمرا
فى الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشائخ وقد اثبتناها فى كفاية
المنتهى قال (ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا
او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز) وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد لايضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف فى الدف والطبل
الذى يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن
بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى فى الضمان على قولهما والسكر اسم للنىء
من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفى المطبوخ ادنى
طبخة وهو الباذق عن ابى حنيفة روايتان فى التضمين والبيع لهما ان هذه
الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف
وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابى حنيفة انها اموال
لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة
المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط
التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر
بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم ويجب قيمتها
غير صالحة للهو كما فى الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة

(قوله لانه استهلاك لان الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك الى عين ملكه بعد ذلك
الفعل لان اعدام الذوات ليس فى قدرة البشر ولا كذلك اذا تخللت بعد ساعته لانها بالاتخاذ ...
مستهلكة لغة فهى على ماتوهم ك (قوله وهو على اصله الخ يعنى ان اصل محمد وهو قول ابى يوسف
ايضا ان خلط الشىء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وح كان الخل مشتركا بينهما فان ابقى ...
من نفسه وغيره فيضمن خل
المغصوب منه ع (قوله فى
الوجهين يعنى ما اذا صارت
خلا من ساعته او بعد زمان
ع (قوله ولا ضمان فى
الاستهلاك اى فى استهلاك
الخمر بخلط الخل لان خمر
المسلم لايضمن ع (قوله
فى الوجه الاول اى فيما
اذا صار خلا من ساعته ك (قوله
لما بينا اى انه يصير ملكا
للغاصب ولا شىء عليه ك
(قوله اجروا جواب الكتاب
يعنى الجامع الصغير وهو
قوله لصاحب الخمر ان يأخذ
الخل بغير شىء معناه ان بعضهم
حملوه على الوجه الاول وهو
التخليل بغير شىء كما تقدم
وبعضهم اجروه على اطلاقه
وقالوا للمالك ان يأخذ الخل
فى الوجوه كلها وهو التخليل
بغير شىء والتخليل بصب الخل
والتخليل بالقاء الملح فيها
فان الملقى يصير الخ (قوله
فى الوجوه كلها اى فى الوجوه
الثلثة وهى التخليل بغير
شىء والتخليل بالقاء الملح
والتخليل بصب الماء فيه ع
(قوله وقد كثرت فيه الخ بعضهم قالوا المخلوط مشترك بالاجماع لان عنده انما ينقطع (
حق المالك بالاستهلاك اذا ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلطه بمثله من ملك نفسه
لم يكن مضمونا عليه لا ينقطع ووجوه الاستهلاك كعدمه فيبقى مشتركا كالمكيل اذا اختلط بنفسه
آخر لغيره ك (قوله قال فى القاموس الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة
فصار شديدا انت

(قوله كتاب الشفعة) وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما لكن قدم الغصب لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا ع (قوله ثم للخليط في حق المبيع) وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق والشرب الخاصين وانما قيدنا بذلك لانهما اذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة على ما يأتي عيني

[illegible] وان احدث المالك والعبد الخصي تجب القيمة عند [illegible] ابي بكر والخصي تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان [illegible] عن سمت عينه وان كان لو فعل جاز وهذا على ما اذا [illegible] على العراق فلما احدث يضمن قيمته لانه متقوم على ذلك قال (ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة ام الولد) عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

﴿ كتاب الشفعة ﴾

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال (الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه

(قوله وافاد الترتيب) صورته منزل بين اثنين في سكة غير نافذة باع احد الشريكين نصيبه فالشريك الملاصق في المنزل احق بشفعته فان سلم فاهل السكة احق فان سلموا فالجار وهو الذي على ظهر المنزل وباب داره في سكة اخرى عيني (قوله الشفعة الخ) قلت غريب واخرج مسلم عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم يقسم ربعة او حائط ت (قوله جار الدار الخ) قلت هو مركب من حديثين فصدر الحديث اخرجه ابوداود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال جار الدار احق بدار الجار او الارض وآخره اخرجه اصحاب السنن الاربع عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار احق بشفعة ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ت (قوله ينتظر له) يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حقه فتقرر [illegible] قبل معناه احق به عرضا عليه البيع الا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا واجيب بانه صلى الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما يشمله كلمة احق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة ع (قوله بتملك الدخيل) اي المشتري وسماه دخيلا لانه ليس باصيل في الجوار والاصيل هو الجار عيني

اقوى وضرر القسمة مشروع لايصلح علة لتحقيق ضرر غيره في
الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من
الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع
هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده
الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة
السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا
(وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة)
لما ذكرنا انه مقدم قال (فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان
سلم اخذها الجار) لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق
الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف
ان مع وجود الشريك في الرقبة لاشفعة لغيره سلم او استوفى لانهم
محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك
حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك
في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار
معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار
في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة
لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة
فالطريق الخاص ان لايكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري
فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن
ابي يوسف ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد
على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة
وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل
العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب
القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق
فيما بيناه قال ولايكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة
شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لايصير

(قوله وضرر القسمة الخ جواب عن قول الشافعي لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل عند بيع اخيه
فهو محل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة ولم يذكر الجواب عن
بالحديث لانه في حيز التعارض مل (قوله لايصلح علة الخ يعني ان ضرر القسمة ضرر مستحق عليه
وما وجب شرعا وصار حقا عليه لايصلح علة لتحقيق ضرر المشتري تملك ماله بغير رضاه
ضرر ليس بحق عليه شرعا
ك (قوله الشريك الخ
قلت غريب وذكرا بن
الجوزي في التحقيق وقال انه
حديث لايعرف وروى ابن
ابي شيبة في مصنفه عن
شريح قال الخليط احق من
الشفيع والشفيع احق من
الجار والجار من سواه واخرج
ابن ابي شيبة عن ابراهيم
النخعي قال الشريك احق
بالشفعة فان لم يكن شريك
فالجار والخليط احق من
الشفيع والشفيع احق من
سواه ت (قوله احق من
الخليط اي الشريك راجح
في حق الشفعة بالنسبة الى
الخليط فلهذا يتقدم على
الخليط وان كان للخليط
استحقاق معه بخلاف الابن
وابن ابن آخر لان شرط
استحقاقه عدم الابن فهما
لو اسقط الابن حقه في
التركة لايثبت لابن الابن
حق فيها مع وجود الابن
والحاصل ان الشريك حاجب
للخليط في الحكم والابن
حاجب لابن ابن آخر في
السبب اعظمي (قوله احدهم الجار بمكن من شرط ذلك ان يكون الجار طلب الشفعة مع
الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له
ع (قوله وبابه في سكة اخرى احتراز عما اذا كان بابه في سكة غير نافذة على هذه الدار ك (قوله بمنزلة
دين الصحة اي لحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فانه اذا اسقط حقهم بالابراء كانت التركة
لغرماء المرض لان سبب استحقاقهم ثابت نهاية

وفي الدار لأنه غير ملازق قال (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك) وقال الشافعي هي على مقادير الأنصباء لأن الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها لتكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الأخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهها ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لأن الانتقاص للمزاحمة مع تعدد السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب وإن قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه قال (وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب المواثبة) لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد قال (وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد البيع قبل الأخذ أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة

(قوله والشريك في الخشبة الخ تأويله إذا كان له حق وضع الخشبة تكون على الحائط من غير أن يملك شيئا من الحائط لأنه إذا كان هكذا فله حق الشغل لا غير فكان جارا لا شريكا كاك (قوله لما بينا أن الملاصق شريك في العقار وبالشركة في الخشبة لا يكون شريكه في الدار ك (قوله ولا يعتبر الخ بيانه دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها والآخر ثلثها والآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضي بالشفعة بينهما عند الشافعي أثلاثا بقدر ملكهما وإن باع صاحب السدس نصيبه قضي بينهما أخماسا وإن باع صاحب الثلث قضي بينهما أرباعا نصفان في الكل وكذلك على أصلنا إذا بيعت ولها جاران جار من ثلاثة جوانب والآخر من جانب واحد وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان ك (قوله فأشبه الربح فإن الشريكين إذا اشتريا شيئا بخمسة عشر درهما مثلا ولم يشترطا شيئا ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة ثم باعاه فربحا ثلثة دراهم فالربح أثلاث درهمان لصاحب العشرة والدرهم الواحد لصاحب الخمسة لأن الربح تبع المال فكان بينهما على قدر رأس المال ك (قوله والولد والثمرة أي أشبه الولد فإن الجارية المشتركة أو البهيمة المشتركة يكون الملك فيه لكل واحد بقدر الملك في الأم وكذلك ثمرة النخل المشتركة (قوله ولو أسقط بعضهم الخ يعني إذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون أنصبائهم ع (قوله قطع الخ لأن القاضي لما قضى بها صار كل واحد منهم مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه في أمر لا يصير مقضيا له فيه ع

(قوله في الصورة الاولى وهي ما دامت الشفيع بعد الطلبين لانه لم يملكها المورث فكيف يورث عنه
(قوله في الثانية اي في الصورة الثانية وهي ما اذا باع داره المستحق بها الشفعة لان سبب الاستحقاق
اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة وانتفى قبل ان يتقرر
السبب قبل ان يثبت الحكم فلا يثبت الحكم ن (قوله ولا يستحقها في الثالثة اي لا يستحق الشفيع

قبل حكم الحاكم او تسليم المشتري لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل
شفعته في الثانية ولا يستحقه في الثالثة لانعدام الملك له ثم اراد ان يبين
البيع بيان انه لا يجب الا بعقد معاوضة المال بالمال على ما سيأتي
بعدي والله سبحانه أعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال (واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم
ان الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو
علم الشفيع البيع ولم يطلب الشفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام
الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب
الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد
وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه
لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعدما
بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته
لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره
والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من
ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض
دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة
طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد
بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم
منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان
الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى
يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا
يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان
او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه
بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده

شفعت دار مشفوعة في الصورة
الثالثة وهي ما اذا بيعت
دار بجنب الدار المشفوعة
لانه لم يملك المشفوعة فكيف
يملك بها غيرها ن (قوله
طلب المواثبة سمي به تبركا
بلفظ الحديث الشفعة لمن
واثبها اي لمن طلبها على وجه
السرعة والمبادرة مفاعلة من
الوثوب على الاستعارة
لان من يثبت هو ساعي
بسرعة في طي الارض بمشيه
ك (قوله كما علم اي على
فور علمه بالبيع من غير
توقف سواء كان عنده انسان
او لم يكن ويطلب صحيح
من غير اشهاد والاشهاد لمخافة
الجحود فينبغي له ان يطلب
حتى اذا حلفه المشتري امكنه
ان يحلف انه طلبها كما سمع
وذكر في شرح الاقطع وانما
يقول ذلك اي يطلب وان
لم يكن عنده احد لئلا يسقط
فيما بينه وبين الله تعالى
ك (قوله لما ذكرنا وهو
قوله لانه حق ضعيف يبطل
بالاعراض الخ وقال ابن ابي
ليلى ان طلب الى ثلاثة ايام

له الشفعة وقال سفيان له مهلة يوم او يومين وقال شريح هو على شفعته ما لم يبطلها صريحا
او دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة ك (قوله ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها قلت غريب واخرجه
عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح انما الشفعة لمن واثبها ت (قوله ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد
الى قوله لا يبطل شفعته هذا على رواية ان له مجلس العلم ك

قوله ليس فيه الزام حكم بل هو ابقاء ما كان على ما كان وفى حق الشفيع الزام حيث يلزمه سوء ضرر الجوار
(قوله وبخلاف ما اذا اخبره الخ حيث لا يشترط فى المشترى ايضا احد شطرى الشهادة يعنى ان المخبر
اذا كان هو المشترى وقال للشفيع قد اشتريت دار فلان فلم يطلب الشفيع الشفعة بطلت شفعته
وان لم يكن المشترى عدلا لان المشترى خصم فى هذا والعدالة فى الخصوم ليس بشرط اهـ (قوله ولا يمكنه
ذلك واشهد ﴿ ٣٠٥ ﴾ عند طلب المواثبة فان ملكه البيع بحضرة الشهود المشترى
او البائع حاضر او كان عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين (قوله او على المبتاع اى المشترى اطلق هذا ولم يقيد بكون الدار فى يد المشترى لان هذا لا تفاوت فان الطلب عند المشترى صحيح سواء كانت الدار فى يد المشترى او فى يد البائع ثم هذا كله من الذخيرة (قوله لم يصح الاشهاد عليه كذا ذكره القدورى والناطفى وذكر شيخ الاسلام انه يصح استحسانا زيلعى (قوله ان تركها شهرا الخ قال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على هذا لتغير احوال الناس فى الاضرار بالغير زيلعى (قوله شهرا الخ وفى رواية ثلثة ايام لانها هى التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع زيلعى (قوله معناه اذا الخ انما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم اجمعوا على انه اذا تركه بمرض او حبس او غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت المدة عناية (قوله وما ذكر من الضرر الخ جواب

وليس فيه الزام حكم وبخلافه اذا اخبره المشترى لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة فى الخصوم والثانى طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضى على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لان ذلك على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال فى الكتاب (ثم ينهض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع فى يده) معناه لم يسلم الى المشترى (او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك) استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثانى الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبى وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابى يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا فى معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب) عند ابى حنيفة وهو رواية عن ابى يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابى يوسف انه اذا ترك المخاصمة فى مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه ابدا يتضرر به المشترى لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر فى الايمان ووجه قول ابى حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح باسقاطه كما فى سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن فى البلدة

عن قول محمد رح يعنى ان الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء لم

تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر فى لزوم الضرر فكما لا تبطل وهو غائب لا تبطل وهو حاضر ع (قوله ولا فرق الخ اى لا فرق فى لزوم الضرر على المشترى بين ان يكون الشفيع حاضرا او غائبا ثم لا يعتبر الضرر فيما اذا كان غائبا حيث لم تبطل حق الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب الخصومة فيما اذا كان غائبا بالاتفاق فيجب ان لا تبطل ايضا فيه اذا كان الشفيع حاضرا واخر طلب الخصومة ن

(قوله واذا تقدم الشفيع الخ هذه هي كيفية طلب الخصومة التي كان وعدها قبل هذا ...
فادعى الشراء الخ وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا بين مصره وحلها ...
وانا شفيعها بداري وبين حدودها فمره بتسليمها الي واسابين هذه الاشياء لان الدعوى ...
واعلام العقار بهذه الاشياء ن (قوله والا كلفه الخ اى ان انكر ان يكون شفيعه فانكر سبب ...
المدعى ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه انكر ان يكون المدعى مالك الدار ...
وان يكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدعى فالقول قوله وان كانت تلك الدار في يد المدعى وعلى المدعى ان يقيم البينة على ان تلك الدار لملكه لان اليد محتملة يحتمل ان تكون يد ملك ويحتمل ان تكون يد اجارة او عارية والمحتمل لايصلح حجة واقصى مافيه ان الظاهر ان يده يد ملك ولكن الظاهر يكفي لابقاء ما كان على ما كان ولايكفي لاستحقاق امر لم يكن وحاجة الشفيع الى الاستحقاق على المشترى والظاهر لايكفي لذلك ن (قوله لاختلاف اسبابها فان بعضهم قال لو يثبت الشفعة للجار المقابل وهو قول شريح ذكره في المبسوط اذا كان اقرب بابا وعندنا الشفعة على مراتب فلابد ان يبين سببها لينظر القاضي ان مازعمه سببا هل هو سبب وبعد ان يكون سببا هل هو محجوب بغيره ن (قوله فيحلف على العلم هذا قول ابي يوسف وعن محمد رح يحلف على البتات لان المدعى يدعى عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء او غيره وهو منكره وهناك يحلف على البتات كذا هاهنا ك (قوله وذكرنا الاختلاف الخ وهو ماذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى بقوله فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه الى ان قال وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب ك

(ولو ب)

قاضي لايبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لايمكن من الخصومة الا في مجلس القاضي فكان عذرا قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة) لان اليد ظاهر محتمل فلايكفي لاثبات الاستحقاق قال رض يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استحلف المشترى بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم (فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي) يعني المدعى عليه (هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة) لان الشفعة لاتجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال (فان عجز عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال (وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لايقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لايتوى مال المشترى وجه الظاهر انه لاثمن له عليه قبل القضاء

لهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فللمشترى ان يحبسها حتى يستوفى الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال (وان احضر الشفيع البائع والمبيع فى يده فله ان يخاصمه فى الشفعة لان اليد له وهى يد مستحقة ولا يسمع القاضى البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه) لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهى ان البيع فى حق المشترى اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ فى حق الاضافة لامتناع قبض المشترى بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشترى منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشترى فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفى الوجه الاول امتنع قبض المشترى وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الا ان يسلمها الى الموكل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشترى فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره فى الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت فى يده لانه عاقد وكذا

قوله لانه فصل مجتهد فيه يعنى ان عند محمد لا يقضى بالشفعة قبل احضار الثمن ومع هذا لو قضى بها قبل احضاره ينفذ القضاء عنده ايضا لوقوعه فى محل مجتهد فيه مل (قوله فيحبس الخ اى يحبس المبيع فى يد المشترى حتى يأخذ الثمن ن (قوله لان اليد له وهى يد مستحقة اى معتبرة ليد الملك ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى الثمن ولو هلك فى يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه ع (قوله الى علة اخرى فيكون اشتراط حضور المشترى معلولا بعلتين بعلة انه يصير مقضيا عليه فى حق الملك لانه ذكر قبل هذا بقوله لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلا بد من حضورهما وبعلة انه يصير مقضيا عليه فى حق الفسخ كما ذكره ههنا بقوله ليقضى بالفسخ عليه والقضاء على الغائب لا يجوز ملكا او فسخا فلا بد من حضوره ن (قوله ان ينفسخ فى حق الاضافة اى اضافة العقد الى المشترى فكانه جدد العقد واضافه الى الشفيع فكان البائع بائعا من الشفيع فان قيل فعلى هذا لا يكون اخذا بالشفعة بل بالشراء من البائع ولهذا يرجع بالعهدة عليه قلنا نعم لكنه يسمى اخذا بالشفعة نظرا الى الظاهر اعطى (قوله فى حق الاضافة فان قول البائع للمشترى بعت منك البيع وقوله منك اضافة اليه فاذا اخذ الشفيع

بالشفعة كان ذلك البيع اضيف الى الشفيع بعد ان كان مضافا الى المشترى فينتقض البيع فى حق الاضافة لا انه ينتقض اصل العقد كما اذا رمى سهما الى انسان فتقدم عليه غيره فاصابه فانه رمى فى نفسه لم يتبدل ولكن الارسال والتوجيه على الاول قد انقطع بتخلل هذا الثانى وخرج من ان يكون مقصودا بالرمى فكذا ههنا تحولت الصفقة عن محل العقد من الابتداء ووقع مع ما كان

اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى للشفيع
بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان
كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى
مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة
من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه فصل
في الاختلاف قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول
المشتري) لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر
والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه
استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ
ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال (ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع) عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار
كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي بينهما
فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف
البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وهنا
الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه
كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانه ممنوع على ما روي عن محمد
واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك
القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ
الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبينات للالزام قال (واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى
البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قاله البائع وكان
ذلك حطا عن المشتري) وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد
وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع
بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله
تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن

(قوله اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه فيلبه لانه لا يجوز بيع الوصي ولا عزل الا بما يغتفر
فلا يجوز فيما لا يتغابن الناس في مثله لان ولاية الوصي نظرية ولا نظر في الغبن الا مثل فلا يجوز
ن (قوله فيما يجوز بيعه ذكر في الباب الاول من شفعة المبسوط البائع اذا كان وصيا للميت الا ...
كبار كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشيء يباع فيه الدار لم يجز بيع الوصي لان الملك ...
وهم متمكنون من النظر لانفسهم
وان كان فيهم صغير جاز
بيع الوصي في الدار جميعا
وكذلك ان كان عليه دين
او اوصى بوصية من ثمن
الدار وهو استحسان ذهب
اليه ابو حنيفة رح وفي
القياس لا يجوز بيعه الا في
نصيب الصغير خاصة او بقدر
الدين والوصية ثم فيما
جاز بيعه كان للشفيع ان
يأخذ الدار منه بالشفعة
اذا كانت في يده ك (قوله
فصل في الاختلاف لما ذكر
مسائل الاتفاق بين الشفيع
والمشتري في الثمن وهو
الاصل شرع في بيان مسائل
الاختلاف بينهما فيه ن
(قوله ولا نص ههنا انما
النص في حق البائع
والمشتري مع وجود معنى
الانكار من الطرفين هناك
موجب اليمين لذلك
في الطرفين ولم يوجد
الانكار ههنا في طرف الشفيع
فلم يكن في معنى ما ورد فيه
النص فلذلك لم يجب
التحالف ههنا وان كان
الشفيع والمشتري بمنزلة
البائع والمشتري ولكن
لمعنى فارق بينهما لم يكن ورود النص بالتحالف هناك بمنزلة الورود ههنا (قوله كبينة البائع
اي مع المشتري يعني لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة البائع
لانها تثبت الزيادة ك (قوله والمشتري من العدو اي وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم
فان المشتري من العدو الحربي مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن المأسور واقاما البينة كانت البينة
بينة المشتري من العدو لما فيه من اثبات الزيادة ن

ثبت حق المطالبة فيأخذ الشفيع بقوله (قال ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويترادان) والشفيع يأخذ بما يقوله الآخر ويأخذها الشفيع بذلك وإن حلفا وفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقوله لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع (قال وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل (فيما يؤخذ به المشفوع)

قال وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع (وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع) لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لانه من ذوات القيم (وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله) لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب

قوله بعت الشفعة به لانه اخبر عن الثمن في حالة ولاية البيان فيبني الحكم عليه ثم بقوله قبضت يريد إسقاط حق الشفيع في الاخذ بما قاله فيرد عليه بخلاف ما إذا أقر باستيفاء الثمن أولا لانه حين خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين ك (قوله لم يلتفت الخ وروى الحسن عن أبي حنيفة ان المبيع اذا كان بيد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم انه ألف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله ع (قوله بعض الثمن الخ حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان في المرابحة ليس في إلزام الزيادة إبطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان الزيادة فيها إبطال حق يثبت للشفيع باقراره ع (قوله لانه لا يلتحق الخ وذلك لان حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدي الى إبطال حق الشفيع ك (قوله بقيمته أي بقيمة العرض عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار دفعا للضرر من المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثال معنى فان اشتراها بمكيل أو موزون أخذه بمثله لقدرته على المثل الكامل لانهما من ذوات الامثال وإن اشتراها بعرض أخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولئن كان فيه نوع شيء بالقيمة فهو في حال البقاء فصار كما لو استحق أحد العوضين ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء لا وقت الاخذ بالقيمة ك (قوله كما في الاتلاف فانه عند تعذر المعين يرد المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له نهاية (قوله لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به وهو التبع لان الذي يؤخذ به المشفوع هو الثمن ن

(قوله كما في الزيوف فللشفيع حق الاخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته كما لو اشترى بالزيوف يأخذ الشفيع بالزيوف كافي (قوله وليس الرضا به الخ دليل آخر تقريره انه لا مدخل للشفعة في الاجل لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس ع (قوله رضا به الخ وليس من لوازم العقد فشتراطه في حق المشتري لايكون اشتراطا في حق الشفيع

من ذوات الامثال (وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته (واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المشتري وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وانما يختار الانتظار لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال (واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الاول بالمثل والثاني بالقيمة قال (وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير) اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة

كالخيار والبراءة من العيوب زيلعي (قوله وليس الاجل الخ جواب عن قول زفر رح يعني ان وصف الشيء يتبعه لامحالة وهذا ليس كذلك فان الثمن للبائع والاجل حق المشتري على البائع فكيف يكون الاجل صفة للثمن ميل (قوله لما بينا من قبل اي في اوائل باب طلب الشفعة وهو ان البيع انفسخ في حق المشتري وقام الشفيع مقام المشتري في حق اضافة العقد اليه وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشتري ك (قوله واذا اشترى ذمي الخ قوله ذمي احتراز عن المسلم فان شراء المسلم بما ذكر فاسد لاشفعة فيه وقوله بخمر او خنزير احتراز عما اذا اشترى الذمي بميتة او دم فان الشراء بهما باطل لا شفعة فيه او عن الشراء بما هو متقوم عند الكل فان الحكم لا يختلف فيه بين المسلم والذمي وقوله وشفيعها ذمي احترز به عن المرتد فمن المرتد لاشفعة له سواء قتل في ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لايورث واما الحربي المستأمن فهو في وجوب الشفعة له وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك لو

(قوله بالاسلام الخ) ولو اسلم احد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولم تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه زيلعي (قوله كما اذا اشتراها الخ وكذا كل متى كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه يأخذه بقيمته للتعذر زيلعي (قوله فصل الاصل في المشروع عدم التغيير والتغيير بالزيادة او النقصان بفعل نفسه او بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة ع (قوله

مر يعجز عن تمليك الخمر بالاسلام بقيا كتسمية لان يبطل فصار كما اذا اشتراه بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

(فصل) قال (واذا بنى المشتري او غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه) وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب (ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن) لانه تبين انه اخذه بغير حق (ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه) وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال (واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير

ويعطي قيمة البناء اي يضمن ارش النقص والبناء للمشتري فالحاصل ان عند ابي يوسف ان شاء اخذه بقيمة البناء والغرس قائمين على الارض غير مقلوعين وان شاء ترك وعند الشافعي له خيارات ثلث اثنان ما قاله ابو يوسف والامر الثالث له ان يقلع البناء ويضمن ارش النقصان والتفاوت بين قول الشافعي وبين قولهما في الامر بالقلع ان عنده يضمن نقصان القلع وعندهما لا يضمن نقصانه وذكر في التتمة لاصحاب الشافعي ان للشفيع ان يقلع والمقلوع للمشتري ويضمن الشفيع ارش القلع ك (قوله وصار كالموهوب له يعني ان الموهوب له اذا بنى في الارض الموهوبة ليس للواهب ان يقلع بناءه ويرجع في الارض لانه بناه في ملكه وكذلك المشتري شراء فاسدا عند ابي حنيفة وكما اذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع فانه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع ك (قوله دفع اعلى الضررين الخ بيانه انه اجتمع ههنا ضرران لانه في تكليف المشتري القلع ضرر فاحش له ولو اوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الاخذ ففيه ضرر زيادة الثمن الا ان له جابرا لانه يدخل في مقابلته في ملكه عوض وهو البناء والغرس فكان اهون من الضرر بغير بدل فيصار اليه ك (قوله ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي ع

ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن مالم يصر مقصودا ولهذا يبيعه مرابحة
بكل الثمن فى هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ
الباقى بحصته لان الفائت بعض الاصل قال (وان شاء ترك) لان له ان يمتنع
عن تملك الدار بماله قال (وان نقض المشترى البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ
العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله
شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية (وليس للشفيع
أن يأخذ النقض) لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال (ومن ابتاع ارضا وعلى
نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها) ومعناه اذا ذكر الثمر فى البيع لانه لا
يدخل من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسان وفى القياس لا يأخذه لانه
ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل فى البيع من غير ذكر فاشبه المتاع فى الدار
وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار وما
كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس فى النخيل
ثمر فاثمر فى يد المشترى) يعنى يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع
سرى اليه على ما عرف فى ولد المبيع قال (فان جده المشترى ثم جاء الشفيع
لا يأخذ الثمر فى الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث
صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال فى الكتاب فان جده المشترى سقط عن
الشفيع حصته قال رضى الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل فى
البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن اما فى الفصل الذى يأخذه سوى الثمر
بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا
الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن والله اعلم

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

قال (الشفعة واجبة فى العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعى رح لا شفعة
فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما
لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة فى كل شئ عقار او ربع الى غير
ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال فى الملك والحكمة دفع

(قوله فلا يقابلهما شئ الخ لان قيام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فكان بمنزلة العين من
الجارية والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيئا من الثمن اذا كان بآفة سماوية لان الثمن بمقابلة
الاصل دون الوصف فان قيل الطرف انما جعل وصفا من العبد ونحوه لانه لا يجوز ايراد العقد عليه
مقصودا اما ههنا ايراد العقد على البناء مقصودا جائز فيجب ان يعتبر اصلا كالعرصة ويجب بهلاكه
شئ من الثمن قلنا انما يجوز ايراد العقد على البناء بشرط القلع ﴿٣١٢﴾ وعند ذلك يصير اصلا
ايراد العقد عليه وهو تبع
لا يجوز لانه بمنزلة العين
من العبد ك (قوله بحصتها
فيقسم الثمن على قيمة الارض
وقيمة البناء يوم وقع الشراء
فيأخذ الارض بحصتها
من الثمن ك (قوله فيقابله
الخ فاذا كان له حصة من
الثمن يقسم الثمن على قيمة
الارض والبناء يوم العقد
عليهما بخلاف المسئلة الاولى
وهو اذا انهدم بنفسه وكان
النقض باقيا حيث يعتبر
فيها قيمة النقض يوم الاخذ
بالشفعة لانه صار له قيمة
بالحبس زيلعى (قوله فاثمر
فى يد المشترى قيد بقوله فى
يد المشترى لانه اذا اثمر فى
يد البائع قبل القبض ثم
قبضه المشترى له حصة من
الثمن كما اذا كان موجودا
فى وقت الشراء ك (قوله
على ما عرف فى ولد المبيع
فان الجارية المبيعة اذا ولدت
ولدا قبل قبض المشترى
يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملك المشترى ايضا كالام ن (قوله فى الفصلين (صرح
اى فى فصل ما اذا كان النخيل مثمرين وقع الشراء ثم جده المشترى وفى فصل ما اذا لم يكن على النخيل
ثمر حين وقع الشراء على الارض والنخيل ثم اثمر النخيل ثم جده المشترى ثم جاء الشفيع ن (قوله لا
يقسم اى مما لا يحتمل القسمة اى لو قسم قسمة حسية لا ينتفع به كالحمام ن

ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحا والبئر والطريق قال (ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا. وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال (والمسلم والذمي في الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا او مكاتبا قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال (ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا) لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف

(قوله حسب دوامه) الحسب بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهري الفتح وقال انما يسكن في ضرورة الشعر (قوله وهذا بخلاف العلو الخ يتعلق بقوله ولا شفعة في البناء والعلو مجرد بناء في مكان فيقتضي ان لا يكون فيه شفعة الا انه التحق بالعقار ك (قوله اذا لم يكن طريق العلو فيه اى في السفل وهذا لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس هو لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له طريق في السفل كان استحقاق صاحب العلو الشفعة بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار حتى انه يكون مقدما على الجار كما لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل صار صاحب الدار التي فيها الطريق اولى من صاحب الدار التي عليها العلو لما مر ان الشريك في الطريق مقدم على الجار ك (قوله سواء قال ابن ابي ليلى لا شفعة للذمي ويقول لان الاخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لمن هو منكر بهذه الشريعة وهو الكافر ولكنا نأخذ بما قضى به شريح وقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضي الله عنه ن (قوله والصغير والكبير وهذا عندنا وقال ابن ابي ليلى لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة وذلك بين الكبار دون الصغار ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستأجر ولكنا نقول سبب الاستحقاق يتحقق في حق الصغير وهو الشركة او الجوار من حيث اتصال ملكه بالمبيع على وجه التأبيد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به ثم هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال ن (قوله على ما مر اى في فصل ما يؤخذ به المشفوع في قوله ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته ك

لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد به النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تبعا فيه قال (او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط) لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لانه يمنع زوال الملك عن البائع (فان اسقط الخيار وجبت الشفعة) لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى على ما مر واذا اخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع

(قوله ولا يفسد بشرط النكاح) ولو كان البيع اصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني نفسك ع (قوله اذا باع دارا الخ) صورته اذا كان رأس المال الفا فاتجر المضارب وربح الفا اشترى بالالفين دارا ورب المال شفيعها بالجوار ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار ان الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان المضارب وكيل لرب المال في حصته وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل فكذا في حصة الربح ن (قوله او يصالح عليها الخ) عطف القدوري قوله او يصالح عليها بانكار على قوله او يعتق عليها عبدا من امور التي لا يجب فيها الشفعة ع (قوله اذا لم يكن من جنسه) اي اذا لم يكن الصلح على بعض المدعاة لانه ح يكون آخذا عين حقه في زعمه فلا شفعة ك (قوله اذا لم يكن من جنسه) اي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنس حقه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا يجب الشفعة ع (قوله لما ذكرنا) يريد به قوله ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية وقوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا ك (قوله ولا بد من القبض الخ) وهذا عندنا خلافا لزفر فانه اذا وهب الرجل دارا على ان يهب له الاخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا وبعد التقابض يجب للشفيع فيها الشفعة وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بيناه في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا هبة ابتداء وبمنزلة البيع اذا اتصل به القبض من الجانبين ك (قوله بخلاف الخ) يعني لا يثبت الشفعة ح اصلا في الموهوب ولا في العوض وان كان العوض دارا ع

بيعت الشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف يبطل دلالة ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع ان سلمه الى المشتري فهو شفيعها لان بيعت به ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال (واذا قسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه (وان رده بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة

(قوله شراء فاسدا) يعني اي ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد وقوعه صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا ترى ان النصراني اذا اشترى عن نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما فانه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا ع (قوله لاحتمال الفسخ) يعني لان كل واحد من المتعاقدين بسبيل من نقضه والنقض مستحق حقا لله تعالى وفي اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز لافضائه الى التناقض ك (قوله بخلاف الخ) جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان ذلك المشتري صار اخص بالمبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه ع (قوله ممنوع عنه) واعترض بانا لا نسلم انه ممنوع عن التصرف بل له ان يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقض وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا لا نسلم ان له ذلك بل هو منهي عنه ولكن يترتب على المحظور بعض الاحكام كالوطء حالة الحيض فانه يحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشارع في شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك واما المحظور الصادر من العبد فليس بمضاف الى الشرع ك (قوله فان سقط حق الفسخ) بان باع المشتري من آخر وجبت الشفعة لان امتناعها انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع ان يأخذها بالبيع الثاني بالثمن المذكور او ينقض البيع الثاني ويأخذه بالبيع الاول بقيمته ك (قوله لان الملك له) ولا يؤدي الى تقرير الفساد لان الفسخ ممكن بعد الاخذ ولا فساد في المأخوذة زيلعي

انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا* وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه ...

﴿ باب ما يبطل به الشفعة ﴾

قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار) وقد اوضحناه فيما تقدم قال (وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال (واذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشتري لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا تباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه

(قوله موجود في القسمة لما فيها من معنى المبادلة اغلب في غير المكيل والموزون فيعتبر فيه ... الرؤية ولا يعتبر في المكيل والموزون لان معنى الافراز فيهما هو الاغلب ولهذا كان لكل واحد من الشريكين ان يأخذ نصيبه من غير اذن صاحبه زيلعي (قوله الاشهاد يعني طلب المواثبة وانما فسرنا بذلك لئلا ... ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط وترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطل ع (قوله بطلت ... فان قلت ذكر ان ترك الاشهاد مما يبطل الشفعة ﴿٣١٦﴾ وذكر قبل هذا في باب طلب ... ان الاشهاد ليس بلازم فكيف وجه التوفيق بينهما قلت يحتمل ان يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمى هذا الطلب اشهادا ن (قوله على عوض اشارة الى ان الصلح لو كان على بعض الدار صح ولم يبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لعدم الاعراض والثاني انه يصالحه على اخذ بيت معينة من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لعدم الاعراض ع (قوله بطلت شفعته اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يتعلق اسقاطه بما ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار على ان اجرتنيها او اعرتنيها فسلم هو ما ذكره فيه المال ... بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والاعارة والتولية ونحوها ... ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط ع

(قوله بطلت شفعته) لان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (قوله كما اذا سلم صريحا) اى اذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز سواء كان المشترى حاضرا او غائبا لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق ك (قوله كما اذا سلم صريحا او ابرء عن العيب وهو لا يعلم به) يفرق بينه وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة عن المشترى او استأجرها منه فان علم بالشراء بطلت والا فلا والفرق بان المساومة والاجارة لم توضعا للتسليم وانما تسقط بهما للدلالة لانهما على رضاء الشفيع والرضاء بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ع (قوله او ابراء عن العيب) يعنى ابرأ من العيب المديون وهو لا يعلم بان له عليه دينا يصح الابراء ك (قوله يسعى فى نقض الخ) اما البائع فلانه بائع حقيقة واما الوكيل فتتم البيع به ايضا لانه لولا توكيله لما جاز بيعه ع (قوله لان الواجب فيه الخ) فصار كما لو قيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كان قيمة العرض اقل من ذلك لم يصح التسليم ع (قوله وقال زفر الخ) وذكر الاختلاف فى الاسرار بين علمائنا الثلثة قال اذا قيل للشفيع الشراء بالف درهم فسلم فاذا بدنانير تساوى الفا كان له ان يطلب عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف بطلت شفعته استحسانا لانهما جنس واحد فى حق الضرورات وضمانها وجه القياس ان الانسان قد يتيسر عليه الشراء باحدهما دون الآخر والرضاء باحدهما لا يدل على الرضاء بالآخر واذا كان الجنس واحدا فانه لو رضى بدراهم جياد فاذا هى غلة كان له الطلب ك (قوله وفى عكسه) اى لو اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر انه اشترى النصف فلا شفعة قال شيخ الاسلام هذا الجواب محمول على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل فان اخبر انه اشترى الكل بالف ثم ظهر انه اشترى النصف بالف فاما اذا اخبر انه اشترى الكل بالف ثم ظهر انه اشترى النصف بخمسمائة يكون على شفعته ن

قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن العيب وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشترى اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشترى لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى قال (واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لانه انما سلم لاستكثار الثمن فى الاول ولتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به فى الثانى اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون وعددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم او دنانير (وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له) وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد فى حق الثمنية (قال واذا قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم ان المشترى هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد فى حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفى عكسه لا شفعة فى ظاهر الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى ابعاضه

﴿فصل﴾

قال (واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا

(قوله والشفعة للجار الخ وفي المستصفى شرح النافع للعلامة النسفي تأويل المسألة إذا اشترى منها فرده أما إذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل هذه المسألة بقوله لأن الشفيع جار فيهما إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه يقتضي الإطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب ك (قوله فيتضرر به أي يتضرر مشتري الثوب الذي هو بائع الدار برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار ولا يتمكن البائع من رد الثوب إلا برضاء المشتري يعني لا برضاه ع (قوله يبطل الصرف ﴿٣١٨﴾ زيرا كه قبض

قال (وإذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني) لأن الشفيع جار فيهما إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهما مثلا والباقي بالباقي وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لأنه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوبا بقدر قيمته إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال (ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكوة

(مسائل متفرقة)

قال (وإذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة لأن العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وهاهنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع) لأن القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع

بدلين كه شرط است در بيع صرف يافته نشد درين صورت بجهت آنكه معلوم گرديد كه واجب نبود بر مشتري بهاي خانه كه بعوض آن دينار خريده بود ترجمه (قوله تتفرق الصفقة الخ فلا يملك لما فيه من تبعيض ملكه وأنه في الأعيان المجتمعة عيب ف (قوله فيتضرر به زيادة الضرر فإن أخذ الملك منه ضرر أو ضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا ع (قوله ولا فرق في هذا أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين إذا كان قبل قبض المشتري الدار أو بعده ع (قوله هو الصحيح وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فرق فقال إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لأنه متى أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد بخلاف ما بعد القبض لأنه لم يبق يد البائع ويقع (حيث) التملك على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه فلا تفريق ك (قوله بمنزلة أحد المشتريين يعني أحد المشتريين إذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار حتى ينقد الآخر ما عليه من الثمن فكذلك هاهنا لما نقد الشفيع نصيب أحدهم ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار ما لم ينقد الآخرون الثمن إذا كانت الدار غير مقبوضة عن

قوله ونصيب منزلة الشراء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراؤه احدهما من صاحبه يجوز ان كان
على العبد دين لانه يفيد ملك اليد فكذا الاخذ بالشفعة كافي (قوله ولا شفعة له الخ بخلاف ما اذا
اشترى لانه انتزع من ابتياع او انتزع له لا يبطل شفعته زيلعي (قوله وتسليم الاب والوصي الخ فقد ذكرنا
ان لهما ولاية الصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامهما
شرعا في استيفاء حقوقه وهو

حيث يكون شفيعا بنفسه لان المعقود عليه وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من
تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع
له نقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع
يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي
يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما
يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع
في الجانب الآخر (ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة
وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لان الاخذ بالشفعة تملك
بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف
ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له (وتسليم
الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما
شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم
الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر
انه حق ثبت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر
فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان
من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع
والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية
فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل
قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم
بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا
يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي
حنيفة انه لا يصح التسليم منهما ايضا ولا رواية عن ابي يوسف

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها
في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى
عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه

الاب ثم وصيه ثم جده
ابو ابيه ثم وصيه ثم
الوصي الذي نصبه القاضي
وان لم يكن احد من هؤلاء
فهو على شفعته اذا ادرك
وان ترك هؤلاء الطلب مع
الامكان او سلم بعد الطلب
سقطت ع (قوله وعلى
هذا الخلاف تسليم الخ
فيصح التسليم لكن عند
ابي حنيفة اذا كان في مجلس
القاضي لان الوكيل بطلبها
يقوم مقام الموكل في الخصومة
ومحلها مجلس القاضي وعند
ابي يوسف فيه وفي غيره
لكونه نائبا عن الموكل
مطلقا وعند محمد وزفر
لا يصح منه التسليم اصلا ع
(قوله وهو الصحيح احتراز
عما روي ان محمدا مع ابي
حنيفة في جواز تسليم
الوكيل الشفعة خلافا لابي
يوسف ع (قوله فعن ابي
حنيفة انه لا يصح التسليم
الخ واذا لم يصح التسليم
عنده لا يصح عند محمد وزفر
ايضا لانهما لم يجيزا
تسليمهما فيما اذا بيعت
بمثل الثمن فلان لا يجيزا

ايضا ... فيما اذا بيعت ... كثيرة اولى ... لان المحاباة الكثيرة لا يجوز من كونهما
في معنى التجارة لهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما
في مال الصغير بالتي هي احسن وليس تركهما ههنا كذلك ولهذا المعنى ابطاله قول ابي يوسف
فيه ولا رواية عن ابي يوسف لانه كان مع ابي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها ع

(قوله فكان مبادلة وافرازا لانه ما من جزء الا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة ك (قوله لعدم التفاوت اي بين ابعاض المكيلات والموزونات لان ما يأخذه مثل حقه ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض وقضاء الدين كافي (قوله هو الظاهر

كان لصاحبه فيأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسما يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم (قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولان منفعة نصيب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم (قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين) لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد من التهمة (ويجب ان يكون عدلا امينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله (ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي) لانه لا ولاية لهم عليه قال (ولا يترك القسام يشتركون) كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر (قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصباء) لانه مؤنة الملك فيتقدر

فان ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ع (قوله الا انها الخ جواب سؤال يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وفي المعنى فان قيل لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبي عليها اي في غير ذوات الامثال وبالاجماع يجبر قلنا يجبر على هذه المبايعة باعتبار حق مستحق للغير الا ترى ان المشتري يجبر على تسليم الدار الى الشفيع وان كان التسليم مبايعة وانما يجبر لحق الشفيع ك (قوله كما في قضاء الدين فان المقبوض ليس عين الدين وانما هو بدل منه والمديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضي الدين فيجبر بان الجبر لا ينافي المبايعة مل (قوله لتعذر المعادلة الخ لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص ع (قوله من جنس عمل القضاء وليست القسمة بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انه يستفاد بولاية القضاء حتى ملك القاضي جبر الآبي دون الاجنبي ذلك فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ الاجر عليها ك

كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابى حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال (واذا حضر الشركاء عند القاضى وفى ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضى عند ابى حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر فى كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه فى قولهم جميعا ولو ادعوا فى العقار انهم اشتروه قسمه بينهم) لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر فى كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما فى الوارث او الوصى المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان فى القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من فى يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس فى القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضى الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفى الجامع الصغير

(قوله كاجرة الكيال الخ يعنى اذا استأجروا الكيال ليعمل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على الانصباء وكذلك الوزان والحامر ع (قوله ان الاجر الخ تحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة والمشى على الحدود لانه لو استعان فى ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم فدل على ان الاجرة فى مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء يزداد دقة بقلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل اشق ويجوز ان يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز ع (قوله قيل هو على الخلاف يعنى اذا استأجروا رجلا لكيل الحنطة المشتركة بينهم او لذرع ثوب مشترك بينهم ان كان الاستئجار لاجل القسمة فالمسئلة على الخلاف ن (قوله وان لم يكن للقسمة الخ بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا امينا بان يكيله ليصير الكل معلوم القدر والاجر بقدر الانصباء ع (قوله وهو العذر الخ اى العذر هو ان الاجرة مقابلة بعمل الكيل والوزن لو اطلق ولا يفصل اى لو اريد اجراء المسئلة على الاطلاق من غير ان يفصل انه للقسمة اولا ك (قوله وهو العذر الخ اى التفاوت هو العذر اى الجواب من قياسهما على الاجرة تجب ثمه مطلقا بلا تفصيل على قدر الانصباء ومن كيل الكثير اشق واصعب لا محالة من القليل وكذلك الوزان بخلاف القسام فان ... الشريكان فيه سواء فاذا ميز القليل ميز الكثير لا محالة وبالعكس عن (قوله وادعوا الخ قيد به لانهم لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم باقرارهم بالاتفاق ك

(قوله هو قول ابي حنيفة الخ) وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة
ع (قوله لان قسمة الخ) يعني ان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق
الحفظ والصيانة والذي في العقار غير محتاج اليه لانه محفوظ بنفسه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك
تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز ع (قوله والدار في ايديهم) والضمير في
قوله في ايديهم ذكر بلفظ الجمع وان كان راجعا الى التثنية لان في التثنية معنى ﴿٣٢٢﴾ الجمع ص (قوله

ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسم حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة وحده وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصي يقبض نصيبه) لان فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم) والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث او باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم) وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير) لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال (وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة) لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بيناه (ولو كان الحاضر صغيرا او كبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (فصل) فيما يقسم وما لا يقسم قال (واذا كان كل واحد من

(الشركاء)

نظرا للغائب والصغير الخ اي بظهور نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب فكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير ك (قوله في هذا الفصل) اشارة الى قوله وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم ك (قوله هو الصحيح) احتراز عما ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لا يقسمها باقرار الحضور حتى يقوم البينة على اصل الميراث لانها قامت لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل مل (قوله نصب القاضي الخ) وانما ينصب القاضي عن الصغير وصيا اذا كان حاضرا اما اذا كان غائبا فلا ينصب عنه وصيا لان القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب الا لضرورة ومتى كان المدعى عليه صبيا لو وقع العجز عن جوابه لم يكن عجزا عن احضاره فلا ينصب القاضي
خصما عنه في حق الحضرة فلم يصح الدعوى لانه لا يملك من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك اذا حضر
الدعوى يصح عليه لكونه حاضرا الا انه عجز عن الجواب فينصب خصما يجيب عنه بخلاف الدعوى على
الميت لان احضاره وجوابه لا يتصور فينصب واحدا في الامرين جميعا ك

قوله على ما بيناه من قبل إشارة إلى قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب
أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الخ
(قوله ويعتبر طلبه الخ) لأنه طالب لأن ينتفع بملكه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه
فيه طلب الحق والإنصاف وإرادة أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه والقاضي نصب ناظرا لإيصال
الحقوق إلى أهلها ودفع المظالم

شريكا ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها
عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (فإن كان ينتفع أحدهم ويستضر به
الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل
لم يقسم) لأن الأول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر
وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره
والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة
يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والأصح المذكور في الكتاب
وهو الأول (وإن كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما) لأن الجبر
على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لأن الحق
لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض
إذا كانت من صنف واحد) لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل
في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض) لأنه
لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي
دون جبر القاضي (ويقسم كل موزون ومكيل كثير أو قليل والمعدود المتقارب
وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم
ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الأواني) لأنها باختلاف الصنعة
التحقت بالأجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف
(ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع
(ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب
بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لأنه قسمة البعض دون
البعض وذلك جائز (وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما
(وقالا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم وله أن
التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف
الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى
من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لأن حق الغانمين

ولا يعتبر تضرر الآخر
لأنه يريد أن ينتفع بملك
غيره فلا يمكن من ذلك
وإن لحقه بالمنع ضرر زيلعي
(قوله متعنت في طلبه
أي متعنت في طلب القسمة
والقاضي يجيب المتعنت
بالرد وتعذر الانتفاع
بنصيبه لقلة نصيبه لا لمعنى
من جهة صاحب الكثير
ك (قوله على قلب هذا
أي لو طلب صاحب القليل
قسم ولو طلب صاحب
الكثير لم يقسم وذكر
في بعض النسخ الخصاف
مكان الجصاص والأصح
هو الجصاص لأن الأول
قول الخصاف ك (قوله
والوجه اندرج الخ لأن
دليل القول الأول دليل
أحد الجانبين ودليل
قول الجصاص دليل الجانب
الآخر (قوله فيما ذكرنا
لأن الأول منتفع به فاعتبر
طلبه وقوله والآخر يرضى
بضرر نفسه ك (قوله
والأصح المذكور الخ لأن
القاضي يجب عليه إيصال
الحق إلى مستحقه وفي طلب
صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه

من بعضهم أي ضرار بعضهم وأي صاحب القليل ذلك • ٢١ زيلعي (قوله وفي هذا تفويتها فيعود
على موضوعه بالنقض وهذا لأن الطالب للقسمة متعنت وهو يريد إدخال الضرر على غيره مع
... فلا يجيبه الحاكم إليه لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضره ربما (قوله بعضها في بعض بأن جمع
حصة أحدهم في الإبل ونصيب الآخر في البقر عيني

قال رحمه الله فيه حتى كان للامام بيعهما وقسمة ثمنهما وههنا يتعين وما ليس ...
جميعا ما يفرق فاما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ
واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار ...
لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة
الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا ...
التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم

حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين
لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به ...

مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال (واذا كانت دور مشتركة

في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح

لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة ...
لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى ...
الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي
ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويتفاوت ذلك باختلاف البلدان والمحال
والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن ...
القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا ...
التسمية كما هو الحكم فيه في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت
بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة ...
رض تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين
لا يجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد ...
احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان ...
فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين ...

والبيت على ما مر من قبل فاما منشيهما كل واحد قال (وان كانت دار وضيعة ...

وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال رض جعل الدور ...
جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع دار ...
لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فجعل في المسئلة روايتان ...

(قوله ولا يقسم الخ الاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر ...
يبقى نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر ...
ضرر لهما اولاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ع (قوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في اوائل ...
فان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما ك (قوله وعلى هذا الخلاف الخ اي عند ...
فلا يقضي ان يقسم بعضها
في بعض كما في الدور
وعند ابي حنيفة يقسم كل
قراح على حدة لانها تتفاوت
فيما هو المقصود منها من
الغلة والصلاحية للرطبة
والكرم وغير ذلك بمنزلة
تفاوت الدور والاجناس
المختلفة ك (قوله فيفوض
الخ فان كان الاول قسم
كما في الغنم والثياب المروية
وان مال الى الثاني لا يقسم
كا ف (قوله كما هو الحكم
فيهما اي في الوكالة والتسمية
في المهر في الثوب اي
لو وكل رجلا بشراء دار
لا يصح التوكيل كما لو وكله
بشراء ثوب وكذا لو تزوج
امرأة على دار لا يصح
التسمية كما لو تزوج على
ثوب ك (قوله والمنازل
المتلازقة الخ اي المنازل
ان كانت مجتمعة في دار واحدة
متلازقا بعضها في بعض
يقسم قسمة واحدة وان كانت
متفرقة يقسم كل منزل على حدة كان في محلة او في محال لان المنزل فوق البيت ودون ...
فانها تتفاوت في معنى السكنى ولكن دون التفاوت في الدور فالتحقت المنازل بالبيوت اذا
كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقيل في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه
في القسمة على دليل ك

(قوله على شبهة المجانسة) توضيحه أنه لو كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفتين رواية واحدة ويحرم فيه الربوا هناك على شبهة المجانسة بين منافع الدار ومنافع الحانوت باعتبار اتحاد منفعتهما في اصل السكنى وذكر في الكافي ان هذا مشكل فانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا حد كان النساء حراما عنده وفي ذلك شبهة الربوا فما اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر في باب الربوا

(فصل) في كيفية القسمة قال (وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه) حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم) لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له (واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان كان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل (فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط)

هي الشبهة دون النازل ه ماويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد من شبهة المجانسة الشبهة الثابتة بالمجانسة كذا قيل ذبر مل (قوله فصل في كيفية القسمة) لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم احتاج الى بيان كيفية القسم فيما يقسم لان الكيفية صفة تتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف ن (قوله وينبغي للقاسم الخ) اي اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغد ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه اذا اراد رفع ذلك الكاغد الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ع (قوله لحاجته اليه) اذ البناء يقسم على حدة فربما يقع في نصيب احدهم شيء منه فيكون ضامنا بقيمتها ع (قوله ثم يخرج الخ) بان يكتب القاضي اسماء الشركاء في بطاقات ثم يطوي كل بطاقة بعينها ويجعلها في قطعة من طين ثم يدلكها يعني كتبه حتى يصير مستديرا فيكون شبه البندقة ك (قوله جاز من القاسم) كقول اسماعيل في القسمة بعد ... هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك ع (قوله ولا يدخل في القسمة) يعني اذا كان القسمة بين الاشخاص في عقار واصاب احدهما اكثر فيعطي بازاء الزيادة دراهم لصاحبه لا يجوز الا بتراضي عيني

(قوله بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا ولا يمكن المشترى من الاستطراق ولا من تسييل الماء
ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد ع (قوله وانه يجمع اى البيع يجامع تعذر الانتفاع فى الحال كما اذا اشترى
جحشا صغيرا او ارضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع به المشترى فاما القسمة فالمقصود منها اختصاص كل
واحد منهما اى الانتفاع بنصيبه واذا لم يكن له منفذ الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة يلحق بها
الضرر فلا يجوز ك (قوله

فى القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق
ويسيل فى نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر (وان لم يشترط
صحت القسمة) لان القسمة محتملة لبقاء الاختلاط فيه اى بخلاف البيع
لا يفسد فى هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع
فى الحال اما القسمة فلتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وذكر الحقوق
فى الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان
لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل
الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل
فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك
مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفى الوجه الثانى يدخل فيه لان القسمة لتكميل
المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيه معنى
الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص
بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك
لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا
فى رفع الطريق بينهم فى القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه
فى نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الافراز بالكلية
(وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريق بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما
وراء الطريق (ولو اختلفوا فى مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان
الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء
الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل
الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضى قال (واذا كان سفل
لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة
ولا معتبر بغير ذلك) قال رضى الله عنه هذا عند محمد وقال ابو حنيفة
وابو يوسف انه يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه
بئرماء او سردابا او اصطبلا وغير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان
ان القسمة بالذرع هى الاصل لان الشركة فى المذروع لا فى القيمة فيصار

كذلك الجواب اى ليس
له ان يستطرق ويسيل
فى نصيب الآخر مع ذكر الحقوق
ثم المراد من ذكر الحقوق
ان يقول هذا لك بحقوقه واما
اذا قال هذا لك بطريقه
وشربه ومسيل مائه فانه يثبت
منه المفروق ك (قوله
فيصار اليه الا اذا قال له
خذ هذا بطريقه وشربه
ومسيله فح لا يصرف عنه
لانه اثبت له بابلغ وجوه
الاثبات زيلعى (قوله لان
القسمة الخ يعنى ان معنى
الافراز لما كان مراعى
فى القسمة كان ينبغى ان
لا يدخل الطريق والمسيل
اللذان فى نصيب صاحبه
وان ذكر الحقوق فى القسمة
لانه ح لا يحصل الانقطاع
والافراز من كل وجه لكن
فى القسمة واسكان معنى
الافراز فيهما معنى تكميل
المنفعة فاعتبر كلاهما بهذا
الطريق ك (قوله فيدخل
الخ تقريره ان فى القسمة
تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر
الى التكميل تدخل
وبالنظر الى الافراز لا تدخل
وان ذكرت لان دخولها ينافى الافراز فما يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين (قوله
بقدر الامكان ع (قوله واذا كان الخ صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك
بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل فى دار واحدة او فى دارين وتراضيا على القسمة بحكم
من القاضى القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة ان كانت البيوت
متفرقة لا يصح ع

... منفعة السكنى والمرعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفوا في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد ... فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلاثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسيره لابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال

(واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسم القاضي وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل

(قوله وقيل اجاب كل منهم الخ اى اجاب ابو حنيفة رح بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو وابو يوسف اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى ع (قوله لان لكل واحد منهما ان يفعل الخ حتى كان لصاحب العلو ان يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل ان يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو زيلعي (قوله ثلثة وثلثون الخ لان الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلثة اذرع من العلو المجرد فاذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلثين وثلث ذراع يكون مائة فيستوي ثلاثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد ن (قوله لان علوه مثل نصف سفله لان كل ذراع من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفل وهذا معنى قوله لان علوه مثل نصف سفله فاذا ضربت الواحد والنصف في ستة وستين وثلثي ذراع يكون مائة لا محالة فيستوي الستة والستون والثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفل المجرد ع ن (قوله بلغت اى الاذرع التي تعتبر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد مبلغ المائة لانه اخذ من البيت الكامل ستة وستين ذراعا وثلثا ذراع بمقابلة مثلها من السفل المجرد ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلثون وثلث ذراع لان لهذا العدد من البيت الكامل اعني ستة وستين وثلثي ذراع علوا وهو بقدر نصف هذا وهو ثلاثة وثلثون وثلث فكان المجموع مائة فكانت هذه المائة من البيت الكامل بمقابلة مائة من السفل المجرد ن

(قوله أو لأنه لا يصلح مشهودا به أي فعلهما الذي هو التمييز لا يصلح مشهودا به لكونه غير لازم
الرجوع قبل القبض ع (قوله لما أنه غير لازم لأن الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح إن كانت
بتراضيهما أما إذا كان القاضي أو نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك
السماع ع (قوله استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا لزمهم فإذا أنكروا استحلفوا
ممن حلف لا سبيل عليه

كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولنا أنهما يشهدان على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما إذ فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه أو لأنه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه. قال الطحاوي إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكرا

﴿ باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها ﴾

قال (وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة) لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما لأن النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما. قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه وإليه أشار من بعد (وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر (وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه) لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي (إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش

ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه ع (قوله ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا يعني وإن أقام البينة لتناقضه لأنه أشهد على نفسه أي أقر بالاستيفاء وهو عبارة عن قبض الحق بكماله فكان الدعوى بعد ذلك تناقضا ع (قوله وإليه أشار من بعد وهو قوله وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلم إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفا ففي هذا إشارة إلى أنه لا تقبل دعواه فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء إلا أن عدم التحالف عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى إلا أن التناقض مانع لصحة الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى ألا ترى أنه يجري التحالف عند صحة الدعوى لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع ك (قوله ولو اختلفا في التقويم صورته اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمسة وخمسون شاة والآخر خمس وأربعون شاة ثم ادعى صاحب الأوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته في ذلك عيني

(ولو اقتسموا دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهم بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة) لما بينا (وإن أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي) لأنه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد (وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه) لما بيناه (وإن قامت لأحدهما بينة قضي له وإن لم تقم لواحد منهما بينة تحالفا) كما في البيع

فصل قال (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين أما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعنده إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لأنه

(قوله ولو اقتسموا دارا الخ) هذه المسئلة عين مسئلة أول الباب إلا أنها أعيدت لما فيها من مسائل أخرى عليها ك (قوله فعليه إقامة البينة لما بينا) إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها ع (قوله وكذا إذا اختلفا في الحدود الخ) قيل صورته دار اقتسماها فلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف منه بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب في طرف منه بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه ع (قوله وكذا إذا اختلفا في الحدود الخ) بأن قال أحدهما هذا الحد قد دخل في نصيبه وقال الآخر هذا الحد قد دخل في نصيبه كافي (قوله لما بينا) وهو قوله لأنه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد ع (قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه) فيه نظر فإن قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض ع (قوله وهكذا في الأسرار) أي ذكر الاختلاف في الأسرار في استحقاق بعض بعينه كذا فيهما وهذا وقع سهوا لأن وضع المسئلة في الأسرار في استحقاق بعض شائع والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعا لم يبطل القسمة عند أبي حنيفة ويتخير المستحق عليه إن شاء رد الباقي واقتسما ثانيا وإن شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق من نصفه ك (قوله ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز) أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فظاهر وكذا في نصيب الآخر لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين لأن باستحقاق بعض معين يبقى الإفراز فيما وراء ذلك البعض ك

(قوله رجع بنصف الخ فيصير في يد كل من الشريكين اربعمائة وخمسون درهما والمعنى [illegible] ثلثة ارباع الف ومأتين ع (قوله لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصفه [illegible] قوله اعتبارا للجزء بالكل ع (قوله والمقبوض الخ جواب عما يقال ينبغي ان ينقض البيع لانه [illegible] القسمة الفاسدة والبناء على اصله فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت [illegible]

لو استحق كل المقدم رجع بنصفه في نصيبه فاذا استحق النصف [illegible] النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم [illegible] استحق النصف الباقي شائعا رجع بربع ما في يد الآخر عندهما [illegible] خيار [illegible] النصف [illegible] الى يوسف [illegible] نصفان [illegible] نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بعقد [illegible] مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيبه [illegible]

(ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة [illegible] شئ من التركة بلا دين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة [illegible] ايفاء حقهم (ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة) لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين [illegible] التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى [illegible] تصادف الصورة ولو ادعى عينا باى سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة المهاياة مشروعة استحسانا لحاجة [illegible] الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين [illegible] والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيه [illegible] القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم [illegible] فائدة في النقض ثم الاستئناف (ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد ان يستغل ما اصابه منه [illegible] شرط ذلك في العقد او لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه (ولو تها [illegible]

كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لكون البيع فيضمن نصف صاحبه ع (قوله لانه يمنع الخ حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم للوارث لم يعتق عليه ع (قوله لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقها فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى المالية الا برضاهما ع (قوله صح دعواه ولقائل ان يقول ان لم تكن دعوى بالملك لعدم التناقض فتكون بالملك باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم يكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك ع (قوله اذ يتعذر الاجتماع الخ اي يتعذر الاجتماع على عين واحد في الانتفاع فجعلت المهاياة جمعا للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع الانصباء [illegible] مكان معين فجرت المهاياة مجرى القسمة زيلعي (قوله ولهذا يجري الخ اي اذا طلب بعض الشركاء [illegible] غيره ولم يطلب القسمة يجبر القاضي كما يجبر الآبي في القسمة عند اتحاد الجنس عيني

ثم لهذا محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب احدهما انه يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب ان يسكن هذا الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر ع (قوله اعدل لان كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد كافي (قوله فان اختارا من حيث الزمان الخ انما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق لان التسوية في المكان يمكن بان يسكن هذا بعضها والآخر بعضها اما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن الا ان يمضي مدة ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة ﴿ ٣٣١ ﴾ فيقرع نفيا للتهمة وتطييبا للقلوب ك (قوله وقيل

وإن اتفقا على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ... (ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا) لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختارا من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيا للتهمة (ولو تهايآ في العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الاستخدام قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايآ فيهما على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز) استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها (ولو تهايآ في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه) اما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز) اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال

عند ابي حنيفة الخ اي قيل نظرا الى اصل الامام من غير رواية عنه نص (قوله للمسامحة الخ لان العادة جرت بالمسامحة في اطعام المماليك فلا تفضي الجهالة الى المنازعة ونظيره استئجار الظئر بطعامها وكسوتها لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لجريان العادة بالمسامحة لاجل الولد بخلاف كسوة المملوك لانه لا يسامح فيها عادة زيلعي (قوله اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة لانه يكثر التفاوت في اعيانهما فالتحقت بالاجناس المختلفة فصارت ... كافي (قوله انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا اي لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضي اما بالجبر فلما قلنا وهو قوله اعتبارا بالقسمة وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى وهو غير جائز على ما عرف في الاجارات وجواب ظاهر الرواية ... دوران الحرمة ... احد وصفي علة الربوا ثابتة بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو البيع والمهاياة افراز من وجه مبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس ك (قوله ووجه الفرق اي بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة ع والاخرق بالخاء المعجمة والراء المهملة الاحمق ش

(قوله فتفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني ... كان في الاول لان القوة الجسمانية تتكاسل ع (قوله فلا تضره الغلة) لان ما تفاوت في الغلة لا يتيسر ...
المعادلة في المنافع من الشيئين فيتساويان ثم يتفاوتان في الحاصل عند العقد زيلعي (قوله ...
الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة في الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة ...
وهي عنده في الدارين لا يجوز للتفاوت ع (قوله لاتحاد زمان ﴿ ٣٣٢ ﴾ انه وان كل واحد منهما ...
اي الغلة في الوقت الذي يصل اليه صاحبه كافي (قوله فاعتبر قرضا لانه اقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على ان يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في اجارة نصيب صاحبه فاذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا كافي (قوله اكثر منه فيحصل العبد في شهر واحد من الغلة ما لا يحصل الآخر في شهر فاولى ان يمتنع وتحريره ان التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين اولى ان لا يجوز عيني (قوله فاولى ان يمتنع الجواز) وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليه صاحبه فيجوز كما في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت عنايه

ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيه وقع في التهايؤ اصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ في الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايآ على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهايأة في المنافع ضرورة انه لا يمكن فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

قال (ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا هي جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة

(قوله او ينتفع الخ) فاذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل ذلك ... من نصيب صاحبه في عدة ايام وبعده ما اقرضه في المدة الماضية ولكن ينبغي ان يزن اللبن ويكيله في المدة حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء ولا يكون الربوا لان اللبن يزيد وينقص في ... عيني (قوله مفاعلة من الزرع) وهي تقتضي فعلا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة وفعل الزرع يوجد من احد الجانبين وانما سمي بها بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من الضرب ﻫ

ويصبح دفع بعضه فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز

(واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء منه فله اجر مثله) لانه في معنى اجارة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقد ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال (وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط (وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة

قوله اي العامل فان الانسان قد يكون له ارض المزارعة ولا يهتدي الى العمل وقد يكون مهتديا اليه و[…] ارض فمست الحاجة الى انعقاده لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة [...] لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما ك (قوله بنصف الزوائد اي بنصف الاولاد والابريسم فان تلك الزوائد تتولد من العين ولا اثر لعمل الراعي والحافظ فيها وانما يحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان فلا تتحقق الشركة كافي (قوله لانه لا اثر الخ لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه شركة ع (قوله وهي المزارعة من الخبير وهو الاكار لمعرفة اخبار وهي الارض الرخوة وقيل من الخبرة وهي النصيب ك (قوله ولانه استيجار الخ والدليل على انه استيجار هو انه لا يصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارات فكان هذا استيجارا ببعض ما يخرج منه فيكون في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان وهو ان يستأجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها ك (قوله ولان الاجر مجهول اي على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث والربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر معدوم على تقدير عدم الخارج بالآفة ع (قوله ومعاملة النبي الخ ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وهنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة (قوله كما فصلنا وهو قوله اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض ك

وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت لانه استأجر العامل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره

(وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة) لما بينا (وان يكون الخارج شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرط رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال (وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي) معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع

(قوله وصار كجانب العامل فانه لما جاز ان يكون البذر مع البقر مشروطا على العامل وان يكون البقر مشروطا عليه بدون البذر كما في قوله لان منفعة الخ تقريره ان منفعة الارض قوة تؤثر لا بالاختيار ومنفعة البقر قوة تؤثر بالاختيار فلم يتجانسا وهذا القدر لا يمنع جعل احدهما تابعة للاخرى من المتجانسين والعرض جنسان مع انه يجعل العرض تابعا للجوهر في البيع فمراد قوله كل ذلك بخلق الله تعالى ان كل منهما مستقل ولا يضاف احدهما الى الآخر فلا يصلح للتبعية فلا يجعل تابعا بخلاف منفعة البقر والعامل لانهما جنس واحد عامل بالاختيار مع ان فعل البقر يضاف الى العامل فيصلح للتبعية فجعل تابعا لمنفعة العامل وظهر بما ذكرنا ان معنى قوله كل ذلك بخلق الله تعالى ليس بيان ان الحوادث بخلق الله تعالى لبيان دفع توهم كون المصنف من المعتزلة وليس له دخل في الدليل كما هو في الكفاية والعناية بل لهذا القول دخل في الدليل اعظم (قوله فتعذر الخ فبقي البقر مقصودا بالاستيجار ببعض الخارج ولم يرد به الشرع (قوله لانه تتم شركة الخ فان صاحب البذر مستأجر للارض والتخلية بين المستأجر والمستأجر شرط ولم توجد التخلية ههنا لان الارض تكون في يد العامل فبقي (قوله ولم يرد به الشرع اي لم يرد بجوازه دليل الشرع من نص او اجماع او قياس فيبقى على اصل الحرمة اعني قوله عند الانفراد اي انفراد البذر والبقر بان كان من احدهما البقر لا غير او البذر لا غير (قوله وصار كما اذا شرطا رفع الخراج الخ اي اذا كان الخراج خراج وظيفة بان تكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاع نحو الثلث والربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط (قوله على الماذيانات بمعنى الانهار الصغار التي اكبر من الجدول والسواقي جمع ساقية مزارعة لها شريق

بعينه وهو اذا شرط لاحدهما مايخرج من ناحية معينة ولآخر مايخرج من ناحية
اخرى (وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب) لانه عسى ان يصيبه آفة فلا
ينعقد الا الحب ولا يخرج الا التبن (وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما
بعينه) لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرطا
الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود
(ثم التبن يكون لصاحب البذر) لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط
والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشائخ بلخ التبن بينهما
ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب
والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت)
لانه حكم العقد (وان شرطا التبن للآخر فسدت) لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة
بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط (قال واذا صحت
المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم تخرج الارض شيئا
فلا شيء للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة
فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة
ولا تفوت الذمة بعدم الخارج (قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر)
لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب
البذر (قال ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على
مقدار ما شرط له من الخارج) لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف (وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ) لانه استوفى منافعه بعقد
فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات (وان
كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه) لانه استوفى
منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها
فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على
الخلاف الذي ذكرناه (ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت

(قوله والمفسد هو الشرط اى المفسد هو الشرط الفاسد وهو الشرط الذي لا يلائم العقد وهو ان
يشترط التبن لصاحب البذر وهذا سكوت عن ذكر الشرط الفاسد والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد
لا يكون مفسدا ك (قوله وقال مشائخ بلخ الخ والجواب عما قال مشائخ بلخ ان الاصل فيما علم
ثبوته لا بما تثبت مع المنافي فيقدر ماوجد المجوز يعمل به ومالم يوجد فلا ك (قوله اعتبارا للعرف
عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب ع (قوله والتبع يقوم اى يثبت بشرط الاصل وقد وجد شرائط صحة الشركة في الاصل وهو الحب لانهما اشترطا فيه الشركة فتثبت الشركة في التبن ايضا تبعا للحب كالامام اذا دخل المصر ونوى الاقامة يصير الجندي مقيما وان لم يكن في موضع الاقامة وكذا المولى مع العبد ك (قوله لانه حكم العقد الخ يعني لو انهما سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء ع (قوله فالخارج على الشرط فان العقد اذا
كان صحيحا يجب المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى ع (قوله وان كانت الخ يعني وان
كانت المزارعة اجارة ابتداء ولا بد من الاجرة اجاب عنه بقوله وان كانت اى المزارعة اجارة الخ
(قوله بخلاف ما اذا فسدت الخ يعني ان كانت فاسدة فلا فرق بين ان تخرج الارض وان لا تخرج
في وجوب اجر المثل للعامل فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر

(قوله هو الصحيح وقيل يغرم له مثل اجر الارض مكروبة واما البقر فلا يجوز ان يستحق ... بمقابلة ... فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد اذا لم يكن ... الا ان العقد الاصح ان عقد المزارعة من جنس الاجارة للعمر ومنفعة البقر يجوز ان تستحق بها بعقد الاجارة فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد فيجب اجر المثل كما يجب اجر مثل الارض كافي (قوله ...
اى للبقر مستعملا في الاجارة بحور ايراد عقد الاجارة ق ٣٣٦ عليه والمزارعة اجارة ...

المزارعة على العامل اجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لان ... في الاجارة وهي اجارة معنى (واذا استحق رب الارض الخارج لكونه ... المزارعة ... طاب له جميعه) لان النماء حصل في ارض مملوكة ... استحقه العامل اجر قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لانه ... المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا يهدم داره (وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل) لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك (واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات (فلو مات رب الارض بعد ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين) لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) كما نبينه (واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباعها جاز) كما في الاجارة (وليس للعامل ان يطالبه بشيء) لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لا ...

المزارعة عليه فاسدا وتجب اجر المثل ح (قوله لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض اى هو محتاج اليهما فكان الخبث شديدا فاورث وجوب التصدق وعمل العامل هو القاء البذر وفتح الجداول ليس بحدث النماء لجواز حصول النماء بدونه عادة كما اذا هبت الريح فنبت البذر في ارض وامطر السماء فكان ما تمكن بالعمل شبهة الخبث فلم يورث وجوب التصدق وهذا هو الفارق بين خبث تمكن في منفعة الارض فوجب التصدق بالفضل وبين خبث تمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك ع (قوله واذا مات الخ واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع او لم ينبت وسكت ذكر جواب الماتن في قوله فلما نبت الزرع الخ ولم يذكر جواب ما لم ينبت فلموته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ع (قوله انتقضت المزارعة بخلاف المسئلة الاولى حيث بقي برضائه لانه كان مغرورا من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت يأتي بدون اختياره زيلعي (قوله ... تبع الارض الخ الا كذلك لو زرع الارض ولم ينبت بعد لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك زيلعي القدح بالحاء المهملة الثقل ش

ع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته) لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما فسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع

(قوله اجر مثل نصيبه الخ حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك زيلعي (قوله والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكرى الانهار وعليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب ع (قوله معناه اي معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما يريد ان النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع ك (قوله تعديل النظر الخ فانا لو امرنا العامل بقطع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان ابقيناه بلا اجر تضرر رب الارض فابقيناه بالاجر وفيه تعديل النظر من الجانبين ع (قوله وهذا عمل في المال المشترك فيكون العمل عليهما وهو قبل انتهاء المدة كان على العامل خاصة فالعمل بعد الانتهاء يكون باعتبار الشركة في الزرع فلا (قوله وهذا بخلاف الخ فانه يبقى الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل ع (قوله حيث يكون الخ مسئلة الموت مخالفة لمسئلة انقضاء المدة في الاحكام الثلث وهي وجوب اجر الارض والاشتراك في النفقة والاشتراك في العمل حيث لم يجب اجر مثل نصيبه من الارض على العامل ك (قوله فان انفق الخ احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة انفق على ملك الغير بغير امر من اي فهو متطوع لانه من جهته ك (قوله لانه لا ولاية الخ ولا هو مضطر اي ذلك لانه يمكنه ان ينفق بامر القاضي فصار هذا بمنزلة مرمة الدار المشتركة زيلعي (قوله لا يجبر عليه اي بعد مضي المدة لانتهاء العقد فيبقى الزرع مشتركا بينهما فيخير رب الارض بين هذه الخيارات كما في الرماع بفتح قاف من كردن زرع ولتذريه مدا سودن واده اركاه بيادس

وهو اختيار مشائخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا والحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد فصل القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال (ابو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا) والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفع رأس المال الخارج تفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيهما لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة

(قوله وهو اختيار مشائخ بلخ وهم يزيدون على هذه الرواية ويقولون يجوز شرط السعد والحمل الى منزله على العامل للتعامل زيلعي (قوله فهو عليهما التمييز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التمييز في ملك واحد منهما اليه ع (قوله والتلقيح تلقيح النخل ادخال شيء من طلعه في طلعه كتلقيح الحيوانات مل (قوله كالجداد وهو بالدال المهملة القطع من جد النخل صرمه اى قطع ثمره جدادا ن (قوله وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لان بالقسمة يتميز ملك احدهما من الآخر فيكون التمييز في ملك احدهما اليه كافي (قوله لانه مال مشترك سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الاترى ان نصيب كل واحد منهما اذا كان معينا في قرية يقال لهم شركاء في القرية ع (قوله القصيل يقال لكل زرع بعد النبات قبل الادراك من (قوله كتاب المساقاة لا يخفى مناسبتها مع المزارعة وهي المشاركة في الخارج ثم مع كثرة القائلين بجوازها وورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر قدمت المزارعة عليها لشدة الحاجة الى معرفة احكامها وكثرة فروعها ومسائلها كما افاده في النهاية ورد المختار (قوله المساقاة الخ ثم معنى المساقاة لغة وشرعا ما هو مذكور في الصحاح وغيره ان المساقاة ان تستعمل رجلا في نخيل او كروم او غيرهما ليقوم باصلاحهما على ان يكون له سهم معلوم من ثمره ن (قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة الى قوله والمنقول في وقف العقار من كلمات الشافعي ن (قوله الا تبعا للمعاملة بان يكون بين النخيل والكرم ارض بيضاء يسقى بماء النخيل وقد اعطى النخيل مع الارض معاملة جاز حتى لو كانت الارض تسقى بغير ماء النخيل لا يجوز عيني

(قوله على أن يقوم عليها) أي حتى يذهب أصولها وينقطع نباتها أي لا يجوز أما إذا دفع النخيل أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها معاملة مطلقا فيجوز إذا كان للرطبة جزاز معلوم، يقع المعاملة في النخيل على أول ثمرة تخرج وفي الرطبة على أول جزة يجز وأما إذا لم يكن للرطبة جزاز معلوم فلا يجوز سواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق أو لم يذكر شيئا وهو المراد من قوله أو أطلق في الرطبة لأن في كل منهما جهالة المدة في الرطبة بخلاف النخيل فإنه لو قيد بقوله

لأنه قد تذهب ثمرة الأراضي وتفاوت بعضها وبخلاف ما إذا دفع نخلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لأنه ليس لذلك نهاية معلومة لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا في المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة (فإن سمى في المعاملة وقتا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لأنا لا نتيقن بفوات المقصود (ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة) لصحة العقد (وإن تأخر فللعامل أجر المثل) لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجديد لا تجوز إلا في الكرم والنخل لأن جوازها بالأثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت، وأثر خيبر لا يخصهما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فإن دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل قال (وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لأنه في معنى الإجارة الفاسدة وصارت كالمزارعة إذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد بيناه فيه (فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم

دفعتكها معاملة إلى أن يذهب أصولها فلا يجوز وإن أطلق من ذلك فهو جائز ويقع المعاملة على أول ثمر يخرج في تلك السنة ك (قوله لأنها تنمو الخ) دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليها حتى يذهب أصولها لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم ع (قوله فجهلت المدة) لأن الرطبة ما يزداد طولا بطول المدة فمن لم يكن وقت الجزاز معلوما كان مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لأن لإدراكه وقتا معلوما إذا بلغ ذلك لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان أما الرطبة بخلافها ك (قوله يعملون الخ) روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة أخرى وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض رطبي

(قوله ولو كان الخ) أي لو كان الأمر كما زعم من كون عمل أهل خيبر مقتصرا على النخيل والكرم فلا يقتضي هذا الاقتصار حكم الشرع على المورد لأن الأصل في النصوص التعليل فيمنع الأصل المذكور اقتصار الحكم على المورد وإنما الاقتصار فيما لم يعلل أي يكون مخالفا للقياس لا سيما الأصل الذي عند الشافعي من هذا الأصل عليه حجة موجبة أما عندنا فلا يجوز العمل بهذا الأصل إلا بعد قيام الدليل على أن هذا النص معلول في الحال فلا يجوز العمل بهذا الأصل بدون قيام هذا الدليل عندنا لكنه يكفي في منع اقتصار الحكم على المورد

(قوله وان كره ذلك ورثة الخ اى ليس لورثته ان يمنعوه من ذلك استحسانا لان في منعه العامل الضرر فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة زيلعي (قوله استحسانا واما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل انصافا ان شرطا انصافا لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت احد المتعاقدين ع (قوله فيرجعوا اى يرجعوا رجوعهم في حصته اشكال وكان

عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو ابى العامل المضي خير ورثته الآخرون بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) لانه ليس له الحاق الضرر بهم وهذا نظير ما قدمنا في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض) لان فيه النظر من الجانبين (فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار (فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض) على ما وصفنا (قال واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر) لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر عليه فيستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها (قال وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احداهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر

ينبغي ان يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى ان العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا غلط لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المساقاة وهذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا زيلعي (قوله بين الخيارات الثلث اى ان شاؤا اجزوا البسر فقسموه على الشرط وان شاؤا اعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كله بينهم وان شاؤا انفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بالنفقة في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة ك (قوله وهذا خلافة الخ انما قاله جوابا لسؤال مقدر بان يقال خيار الشرط لا يورث عندكم لانه عرض لا يقبل النقل فكيف يثبت هذا الخيار لهم فقال هذه خلافة في حق مالي اه من (قوله لا يجوز استئجاره حتى لو اشترى ثمارا على الاشجار ثم استأجر الاشجار الى وقت الادراك لا يجب عليه اجر ك (قوله وكذلك العمل الخ اى اذا ظهر هذا الفرق ينبني عليه فرق آخر وهو ان العمل هناك عليهما بحسب ملكهما في الزرع لان رب الارض استوجب الاجر على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة وههنا العمل على العامل في الكل لانه لا يستوجب رب الشجر عليه اجرا بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضائها فيكون العمل كله على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة ك

(...ص) لانه فى معنى تغير الطعام اذهو استيعار ببعض مايخرج من بدنه وهو بعض البستان فيعيد وتعذر رد الفراش لاتصالها بالارض فوجب قيمتها والامر مثله لانه لايدخل فى قيمة الفراش لتقومها بنفسه فى ذرعهما طريق آخر ذكرناه فى كفاية المنتهى وهذا اصحهما

﴿ كتاب الذبائح ﴾

(قال الذكاة شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى الا ماذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة فى المأكول وغيره فانه يشمل الكل ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهى الجرح فى اى موضع كان من البدن والثانى كالبدل عن الاول لانه لايصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل فى اخراج الدم والثانى اقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابى وان يكون حلالا خارج الحرم على مانبينه (وذبيحة المسلم والكتابى حلال) لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لايضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لاتحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابى ينتظم الكتابى الذمى والحربى والعربى والتغلبى لان الشرط قيام الملة على مامر قال (ولاتؤكل ذبيحة المجوسى) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم ولانه لايدعى التوحيد فانعدمت الملة دعوى واعتقادا قال (والمرتد) لانه لاملة له فانه لايقر على ماانتقل اليه بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ماهو عليه عند الذبح لاماقبله قال (والوثنى) لانه لايعتقد الملة قال (والمحرم) يعنى من الصيد (وكذا لايؤكل مايذبح فى الحرم من الصيد) والاطلاق فى المحرم

(قوله كتاب الذبائح ذكرها بعد المساقاة لان فى كل منهما اصلاح مالا ينتفع به بالاكل فى الحال كذا نقل فى رد المختار والذبائح جمع ذبيحة وهى اسم مايذبح كالذبح بالكسر اسم مايذبح والذبح بالفتح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج والذكاة الذبح اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها (قوله الذكاة الخ يعنى ان الذبح شرط لكل مايؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الاماذكيتم بعد قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول بصيغة المشتق منه لكنه لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ع (قوله ذكاة الارض يبسها اى طهارة الارض اى اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب كذا فى الصحاح والمغرب ك (قوله كالبدل عن الاول انما قال كالبدل لان الابدال يعرف بالنص ولم يرد فيه ولكن وجدت فيه امارة البدلية فقال كالبدل ع (قوله وهذا آية البدلية لكنه لما اختلف محل كل واحد منهما لم يجزم بكونه بدلا للاختيارية فجعلت شبهة البدل اعظم (قوله كالكتابى ثم انما يحل ذبيحة الكتابى فيما اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير او اسم المسيح واما اذا ذكر ذلك فلا يحل كما لايحل ذبيحة المسلم اذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى ...ومااهل به لغير الله فحال الكتابى فى ذلك لايكون اعلى من حال المسلم ك (قوله وطعام الذين الخ والمراد به مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اى كافر كان ولايشترط فيه ان يكون من اهل الكتاب زيلعى (قوله والتغلبى عطف على العربى من عطف الخاص على العام لان بنى تغلب قوم نصارى يسكنون بارض الروم عينى

(قوله وان تركها ناسيا الخ والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا ويقوم الملة مقامه
كالناسي بل اولى لانه الزم ربلعي (قوله المسلم يذبح على اسم الله الخ قلت غريب بهذا اللفظ
وفي معناه احاديث منها ما اخرجه الدار قطني ثم البيهقي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال المسلم يكفيه اسمه فان نسي ان يسمي حين يذبح فليسم وليذكر اسم الله ثم ليأكل ...
(قوله لما سقطت بعذر النسيان

بمنظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال و...
وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف
ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد ... لانه
مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المعروف

(وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها
ناسيا اكل) وقال الشافعي اكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في
الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف
اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا
القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة
متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا
فمن مذهب ابن عمر انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس انه
يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ
ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي
بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم
يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا
للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا
فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا
وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلام قال في آخره فانك
انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية
ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك
من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى
على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر
الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر و
ما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي
على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور

فان التسمية لو كانت من
شرائط الحل كانت مأمورا بها
وفي المأمور لا فرق بين
النسيان والعمد في الفعل
كقطع الحلقوم والاوداج
والتكبير والقراءة في
الصلاة وانما يقع الفرق
في المزجور كالاكل
والشرب في الصوم لان
موجب النهي الانتهاء
والناسي يكون منتهيا
اعتقادا فاما موجب الامر
الائتمار والتارك ناسيا
او عامدا لا يكون مؤتمرا
والجواب انا لا نسلم الملازمة
فانها تقتضي التسوية
بين العمد والنسيان
والتسوية بين العمد
والنسيان معدودة فيما اذا
كان على الناسي هيئة
مذكرة كالاكل في الصلاة
والجماع في الاحرام وههنا
هيئة توجب النسيان وهي
ما يحصل للذابح عند زهوق
روح حيوان من تغيير
الحال فليس هيئة مذكرة
موجودة مل (قوله ولنا
قوله تعالى الخ وجه
الاستدلال ان السلف
اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به ...
المفكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا ...
عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل
للخصوص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عمدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي
ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ع

فى الاول الذبح وفى الثانى الرمى والارسال دون الاصابة فيشترط عنده فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا فى الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال (ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احداها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لى لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل فى اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قول بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس فى قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفى الجامع الصغير لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التى تقطع فى الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان) لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهى

(قوله محمد رسول الله وان قال بالخفض لا يحل ذكره فى النوازل وقال بعضهم اذا كان يعرف النحو زيلعى (قوله لوجود القران صورة) من هذا النوع ان يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه الا انه يكره لما ذكرنا زيلعى (قوله بكسر الدال وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبه فمختلفوا فيه وعلى هذا القياس لو سمى آخر مع اسم الله تعالى ك (قوله لانه اهل به الخ اهل المعتمر اى رفع صورته بالتلبية وما اهل به لغير الله اى نودى عليه بغير اسم الله ذبح (قوله لما روى اخرجه الحاكم فى المستدرك من ابى رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا ضحى اشترى كبشين املحين اقرنين فاذا خطب وصلى ذبح احد الكبشين بنفسه بالمدية ثم يقول اللهم هذا عن امتى جميعا من شهد لك بالتوحيد وشهد لى بالبلاغ ثم اتى الآخر فذبحه وقال اللهم هذا عن محمد وآل محمد ثم يطعمهما للمساكين ويأكل هو واهله منهما (قوله دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجوز فيها لان المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله زيلعى (قوله وهو قوله بسم الله والله اكبر وذكر الحلوانى المستحب بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية زيلعى (قوله منقول عن ابن عباس الخ ولقد حجر المصنف على نفسه فيه حديث مرفوع اخرجه الائمة الستة فى كتبهم الا الضحايا عن قتادة عن انس ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يضحى بكبشين املحين اقرنين يذبحهما بيده ويسمى ويكبر ويضع رجله على صفاحهما وفى لفظ المسلم والبخارى ويقول بسم الله والله اكبر انتهى الا ان يكون اراد الاستدلال بالقرآن مفسرا بقول صحابى فيكون حسنا

(قوله اسم جمع فان قلت الاوداج جمع وليس باسم جمع وبينهما فرق كما عرف في موضعه قلت مر
بالاسم مفهومه اللغوي اى لفظ جمع ولا يريد به نحو القوم والرهط ونحو (قوله واقله الثلث من
الجمع المحلى بالالف واللام يصير للجنس ويلغو فيه معنى الجمع كقوله تعالى لا يحل لك النساء فلذا
الجنس اذا لم يكن ثمه معهود وههنا العروق التى يرد عليها الذبح معهودة معلومة فلا يصار الى الجنس
ولا يلغو صيغة الجمع ﻙ (قوله

اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهره ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابى حنيفة) وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا ان هذا قول ابى يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه عنهما فحاصل عند ابى حنيفة اذا قطع الثلاث اى ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابى حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابى يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابى حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واى ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة

ويثبت قطع الح واما قال ان النص يتناول المرئ من حيث اللفظ والحلقوم بطريق الاقتضاء لان قطع مجرى النفس ابلغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف وقد فسر المصنف المرئ بمجرى النفس واحتج الشافعي بانه جمع الاوداج وما ثم الا الودجان فيدل على ان المقصود بها ما يحصل به ازهاق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرئ لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرئ اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه فحسب (قوله فانه مجرى العلف والماء الخ قيل هذا عكس بل الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى العلف وهكذا ايضا في الايضاح وذكر في المغرب المرئ مجرى الطعام والشرب وذكر في تاج الاسامي المرئ راه كذار آب ن (قوله بخلاف ما اذا قطع الخ يريد به لما كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الاكثر ويحتمل ان يريد ان الاكثر من القائم مقام الاربع باق فانه اذا ترك الاثنين غير مقطوع يكون الباقي اكثر ما شرط قطعه للحل وهو الثلث وان لم المقطوع ايضا اكثر ما شرط قطعه للحل قلنا اعتبار الاكثر في الترك اولى من اعتبار الاكثر في المقطوع ترجيحا للتحريم ويمكن ان يقال المراد الاكثر من الواحد باق فيحرم لان المرعى الواحد لا غير ﻙ

(قوله بالليطة الخ) الليطة قشر القصب والمروة الحجر الذي فيه حدة وفي الجمهرة المروة واحدة وهي
...بيض براقة اقول قد صححها بعض شراح الوقاية بكسر الميم ولم تجده في المعتبرات من اللغات
...وردها صاحب الدستور في الميم المفتوحة كذا قال اخي زاده منح الغفار (قوله لقد اردت ان تميتها
...وجب ان يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح ان الحديد لقبحه وليس كذلك لان المقموع لا عقل له
وهو مع كونه سوء ادب ساقط

...به ما هو المقصود وهو انهار الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف ...غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اضرارا على الحيوان وقد امر بالاحسان

قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا بخلافه نصا بعينا لاقى ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل قال (ويستحب ان يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال (ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجرها برجلها الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (وان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول (وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار

لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس كذلك ع (قوله لقد اردت الخ ذكر في المبسوط في هذه المسئلة انها تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر ابهمت البهائم الا عن اربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام غير محتاج اليه ك (قوله نخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيه وفسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق وهي شرايين واوتار فاي شيء يسمى بالخيط اصلا ع (قوله ويكره ان يجر الخ وكذا لو ذبحها موجها لغير القبلة يكره ويؤكل لان السنة في الذبح ان يستقبل القبلة زيلعي (قوله لان الكراهة اى كراهة هذا الفعل اى حرمته لمعنى زائد اى عارض فلا يوجب هذا التحريم تحريم المسموح ولو قال الا ان النهي لمعنى في غيره لكان اظهر اعظمي (قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر في اول ...الفصل وهو قوله والثاني كالبدل من الاول غاية البيان

(قوله لما بينا من ان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز ك (قوله لانهما يدفعان عن انفسهما
البقر يدفع بقرنه والبعير بشفره ونابه ويخاف القتل منهما فيتحقق العجز عن ذكاة الاختيار فيصار الى
لموافقة السنة المتوارثة قال الله تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وفديناه بذبح عظيم وفي سورة (قوله
في التفسير اى وامر الجزور زيلعى (قوله لاجتماع الخ اى لان موضع النحر من البقر ما لا لحم عليه
دلك من حلقه عليه لحم غليظ وعروقها

لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر
يقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم
الندرة بل هو غالب وفي الكتاب المطلق فيما توحش من النعم وفي
ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل
بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره
سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما
وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه
حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال (والمستحب في الابل
النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز
ويكره) اما الاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها
في النحر وفيهما في الذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع
الجواز والحل خلافا لما يقول مالك انه لا يحل قال (ومن نحر ناقة او ذبح بقرة
فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر) وهذا عند ابي حنيفة وهو
قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول
الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة
لانه متصل بها حتى يقطع بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها
وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا
منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل
في الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ويضاف اليه
بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي
وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام
اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد
لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع
تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل قال (ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع
ولا ذي مخلب من الطيور) لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل
ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع
ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور

يجتمع في المنحر مكان في الابل
اسهل فاما في البقر والغنم
فالذبح ايسر لاجتماع
العروق في المذبح كافي (قوله
وقال ابو يوسف ومحمد الخ
وفي المبسوط قال ابو يوسف
ومحمد والشافعي يؤكل الا انه
روى عن محمد انه يؤكل اذا
اشعر وتمت خلقته ن (قوله
ذكاة الجنين الخ اى
ذكاة الام مغنية عن ذكاة الجنين
كما يقال لسان الوزير لسان
الامير وبيع الوصي بيع
اليتيم ك (قوله ذكاة امه
والجواب عن هذا الحديث
انه لا يصح الاستدلال به فانه
روى ذكاة امه بالنصب
والرفع فان كان منصوبا فلا
اشكال فيه للتشبيه وان كان
مرفوعا فكذلك لانه اقوى
من التشبيه من الاول عرف
ذلك في علم البيان وقيل مما
يدل على ذلك تقديم ذكاة
الجنين كما في قوله وعيناك
عيناها وجيدك جيدها
سوى ان عظم الساق منك
دقيق ع (قوله كما
في الصيد فانه اذا لم يوجد
القدرة على ذكاة الاختيار
اكتفى بذكاة الاضطرار
وهي الجرح في اى موضع كان عيني (قوله فصل الخ لما ذكر احكام الذبائح وما يتعلق بها (وبينه
ذكر في هذا الفصل المأكول منها وغير المأكول اذ المقصود الاصلي من شرعية الذبح هو التوصل الى الاكل
وقدم الذبائح لانه ذكر في المبسوط ان شرط حل التناول فيما يحل من الحيوانات الذكاة لقوله تعالى الا ما ذكيتم
والشرط يتقدم على المشروط ان نهت بمعنى عرفت

وابنه ثم لا يؤكل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف قال ابو حنيفة رحمه الله لا بأس باكل العقعق) لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال (ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال (ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال (ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا بأس باكله) لحديث جابر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال (ولا بأس باكل الارنب) لان النبي عليه السلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة

(قوله لا يؤكل ما له مخلب الخ) فالحمامة لها مخلب والبعير له ناب والبقر كذلك وقالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما فان بعيد منهما فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري والاهلي وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين والرخم في الحرمة الايذاء فهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب او الخبث وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما في الجلالة ك (قوله والسبع كل مختطف الخ) وانما عد هذه الاوصاف ليبنى عليها قوله كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم ولما كان اسم السبع شاملا على القبيلتين فسر السبع بالوصفين اي الاختطاف والانتهاب ط (قوله كل مختطف الخ الفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط المراد بذي المخلب ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي الناب ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب ع (قوله كيلا يعدو شيء الخ لما ان للغذاء من الاثر في ذلك قال عليه الصلوة والسلام لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ك (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب لان لهما نابا يعدو لان بنابه لا يؤكل لحمهما كالذئب ك (قوله فيكون الحديث حجة الخ وما روي انه عليه السلام ابيح اكله محمول على الابتداء زيلعي (قوله كل الرخم والبغاث) الرخم جمع رخمة وهي طائر ابلق يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوق والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها الواحدة بغاثة وفي اوله الحركات الثلاث ط ق

(قوله طهر جلده ولحمه وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر وهو الصحيح
(قوله لانه يؤثر الخ اى لان الذكاة تؤثر في اباحة اللحم قصدا وفي طهارة اللحم تبعا وموات الاصل لا
يعمل على موات التبع فصار كذبح المجوسي مل (قوله اماتة في الشرع لانه ليس على الوجه
المشروع واختلفوا في ان الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد الذبح او الذبح مع التسمية قال بعضهم

مجرد الذبح وقال بعضهم مل الذبح مع التسمية لان المطهر هو الذكاة وهي عبارة عن الذبح مع التسمية ك (قوله ولنا قوله تعالى الخ وروى جابر انهم اصابهم جوع شديد في البحر فالقى البحر حوتا يقال له العنبر فاكلوا منه نصف شهر فلما قدموا المدينة ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم كلوا رزقا اخرجه الله لكم اطعمونا ان كان معكم الحديث ولنا انه لا يدل على مرادهم فانه قال جوعا شديدا فالقى البحر حوتا ميتا لم نر مثله يقال له العنبر هكذا روى البخاري ومسلم واحمد وهذا يدل على انه كان سمكا وان لم يكن سمكا فهو في الحال المخمصة وفيها يحل الميتة والخنازير فما ظنك بصيد البحر وهو طاهر بالاجماع زيلعي (قوله لقوله عليه السلام احلت الخ فان قيل هذا الخبر مخالف لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم قلنا هذا الخبر مشهور مؤيد بالاجماع فيجوز تخصيص الكتاب به والدم المطلق بالالف واللام معهود على ما ذكر في آية اخرى او دما مسفوحا فينصرف الى المعهود ولا يثبت التعارض بين الكتاب والخبر ك (قوله الطافي هو اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء اذا علا والمراد من السمك الطافي هو الذي يموت في الماء حتف انفه ويطرح

الجنس فاشبه الظبي قال (واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمي والخنزير) فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا تؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة تؤثر في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) وقال مالك وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال (ويكره اكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال (ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه او يشويه

لأنه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء فيتقيد به فلا يحل إلا بالقتل كسائره. والحجة عليه ما رويناه وسئل علي عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى وعند التأمل يقف المبرز عليها منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

﴿ كتاب الأضحية ﴾

قال (الأضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولأنها قربة يضاف إليها وقتها يقال يوم الأضحى وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالإرادة فيما روي والله أعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وإنما اختص

(قوله والحجة عليه ما رويناه) يعني قوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث (قوله فقال كله كله) قلت غريب لكن روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي قال الحيتان والجراد ذكي كله انتهى ت (قوله بيناها في كفاية المنتهى) وهي أنه لو وجد في بطن السمك سمكة أخرى فإنها تؤكل لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك إن ماتت في جب ماء لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك إن جمعها في حظيرة فلا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها من غير صيد لأن ضيق المكان سبب لموتها وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يصر لموتها سبب ولا بأس بأكل سمكة يصيدها المجوسي لأنها تحل من غير تسمية فإن المسلم إذا أخذ السمكة وترك عليها التسمية عمدا يحل بدون التسمية فالمجوسي وغير المجوسي فيه سواء ن (قوله روايتان) إحداهما أنها تؤكل لأنها ماتت بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس والأخرى أنها لا تؤكل لأن الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليسا من أسباب الموت في الغالب الملتقط القدوري الروايتين ولم ينسبهما إلى أحد وذكر شيخ الإسلام أنه على قول أبي حنيفة لا يحل وعلى قولهما يحل ع (قوله كتاب الأضحية) هي في اللغة اسم ما يذبح في يوم الأضحى وهو أفعولة وكان أصلها أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لمناسبة الياء وتجمع على أضاحي بتشديد الياء قال الأصمعي وفيها أربع لغات بضم همزة وكسرها وضحية بفتح الضاد كهدية وهدايا وأضحاة وجمعه أضحى كأرطاة وأرطى وقال الفراء الأضحى مذكر ومؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص في يوم مخصوص وهو يوم الأضحى وسبب وجوب الأضحية الوقت وهو أيام النحر وإنما الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر شرط وجوبها كذا في النهاية وغيرها عل

الوجوب بالقربة لانها وظيفة مالية لاتتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره مايجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على مابيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عنه انه لاتجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لاتجب على الغير بسبب الغير ولهذا لاتجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لاتجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان يأكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه

(قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة) والقياس ان لاتجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ماروي عن جابر انه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولانص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولاتجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لانص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لاتجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه وقال مالك تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده مايروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة

(قوله كما في صدقة الفطر وهذا لان كل واحد منهما قربة مالية تعلقت بيوم العيد فكانا نظيرين من هذا الوجه ك (قوله لايجب عن ولده يعني سواء كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال ع (قوله لايجوز التضحية اي ليس للاب ان يفعله من ماله لانه كان المقصود الاتلاف فالاب لايملك اتلاف مال ولده كالاعتاق وان كان المقصود التصدق باللحم بعد الاراقة فذلك تطوع ومال الصبي لايحتمل صدقة التطوع كذا في المبسوط كافي (قوله لان القربة الخ اي لان الواجب في الاضحية اراقة الدم والصدقة بعدها تطوع بذلك في مال الصغير ولايقدر الصغير في العادة ان يأكل جميعها ولايجوز البيع فلذلك لم يجب ع (قوله وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لايجوز كما اذا مات وترك ابنا وامرأة وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فاذا لم يجز في نصيبها لم يجز في نصيب الابن ايضا ع (قوله لايجوز عن الكل اي كما لايجوز من صاحب الكثير لايجوز من صاحب القليل عن (قوله لقوله عليه السلام الخ قلت اخرجه اصحاب السنن الاربع عن ابن سليم قال كنا وقوفا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفات فقال يا ايها الناس على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة اتدرون ما العتيرة هي التي يقول الناس لها الرجبية انتهى ت (قوله ولا ... قال في باب صدقة الفطر والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة قال في باب صدقة الفطر ... كان لهم اي للصغار مال يؤدى من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ش

قوله في الاصح هذا احتراز عن قول بعض المشائخ فانهم قالوا لا يجزيهما لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية فاذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وقال بعضهم يجوز وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا ووجه ذلك ان نصف السبع وان لم يكن قربة يصحبه تبعا للاضحية كما اذا ضحى بشاة فخرج من بطنها جنين حي فانه يجب عليه ان يضحيه ويجوز تضحيته ابتداء كفاية ﴿ ٣٥١ ﴾ قوله الا اذا كان معه شيء الخ معنى اذا كان مع احدهما بعض الاكارع ومع الآخر الجلد او بعض الاكارع او مع احدهما بعض الاكارع او الجلد حتى يصرف الجنس الى خلاف الجنس فيجوز كما في البيع اي في بيع الجنس مع الجنس مجازفا اذا كان مع احدهما او مع كل واحد منهما شيء من خلاف الجنس فيجوز كذا هذا (قوله من الاكارع) الاكارع جمع اكرع هو جمع كراع والكراع في الغنم والبقر بمنزلة الوظيف في الفرس والبعير وهو الساق يذكر ويؤنث وفي المثل اعط العبد كراعا فطلب ذراعا لان الذراع في اليد وهو افضل من الكراع في الرجل ك (قوله لا يمتنع البيع) فان من اشترى شاة للتضحية فوجدها خيرا منها فيبيعها ليشتري سمينة يجوز فكذا الاشتراك ك (قوله لما بينا) من اشتراط اليسار والاقامة عن قوله من ذبح الخ قلت اخرجه البخاري ومسلم عن البراء بن عازب قال ضحى خال لي ابو بردة قبل الصلاة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم شاتك شاة لحم فقال يا رسول الله ان عندي جذعة من المعز فقال ضح بها ولا تصلح لغيرك ثم قال من ضحى قبل الصلاة فانما ذبح لنفسه ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين ك (قوله ان يبعث بها الخ) قالوا هذا اذا خرج مقدار ما يباح للمسافر قصر الصلاة في ذلك المكان يجوز الذبح قبل الصلاة والا فلا قاضيخان (قوله لانها لا تسقط الخ) فكان محلها الذمة فاعتبر مكان المؤدي لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى ك

وإن كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له، وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع

(ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزأه استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته. وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا

(وليس على الفقير والمسافر اضحية) لما بينا وابو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة ولا اضحية

(قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال

بعدما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعدما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا (قال وهى جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعى ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روى عن عمر وعلى وابن عباس انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأى لا يهتدى الى المقادير وفى الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح فى لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يمضى باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة وسنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة تؤتى فى الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة فى حق الآفاقى (ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر) لانها واجبة على الغنى وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية فعند ما دام الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فوتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية (قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التى لا تمشى الى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه السلام لا تجزئ فى الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى (قال ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اى اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن (قال ولا التى ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقى اكثر الاذن والذنب جاز) لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابى حنيفة

(قوله ولو ضحى الخ معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلى بالضعفاء فى المسجد فضحى بعدما صلى من فى المسجد قبل ان يصلى من فى الجبانة جاز فعله على حين قسم الكوفة ع (قوله اجزأه استحسانا والقياس ان لا يجوز لانها عبادة دارت بين الجواز وعدمه فينبغى ان لا يجوز احتياطا وجه الاستحسان حيث كونها بعد الصلوة تجوز ومن حيث كونها قبل الصلوة التى تؤدى فى الجبانة لا تجوز ك (قوله اجزأتهم يعنى لا يجب عليهم الذهاب الى الجبانة ولو لم تكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب اليها ك (قوله هو جائز ولو صلى الامام ثم تبين انه صلى بغير طهارة تعاد الصلوة دون الاضحية لان من العلماء من قال لا يعيد الصلوة الا الامام وحده فكان للاجتهاد فانه مساغ فجعلناه عذرا فى حق جواز التضحية تحريا للجواز وصيانة لاضاحيهم عن الفساد زيلعى (قوله لقوله عليه السلام الخ قلت رواه احمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه فى النوع الثالث والاربعين من القسم الثالث من حديث عبد الرحمن بن ابى حسين عن جبير بن مطعم عن النبى صلى الله عليه وسلم قال كل ايام التشريق ذبح وعرفة كلها موقف الى آخره ورواه البزار فى مسنده وقال ابن ابى حسين لم يلق جبير بن مطعم ت (قوله وهو الاصل اى الاصل المسارعة الى اداء القربة الا لمعارض كما فى الاسفار بالفجر والابراد بالظهر ونحوه وهو قوله عليه الصلوة والسلام اسفروا وابردوا كفايه (قوله فى لياليها اى فى ليالى ايام النحر والمراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا يدخل الليلة وهى ليلة العاشر من ذى الحجة ولا ليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر فى الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثالث فلا يجوز فى ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا فى ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت فى الليالى لان الليالى تبع للايام واما الكراهة فلما ذكره فى الكتاب عنايه

ومقدار الأكثر في الجامع الصغير عنه وإن قطع من الذنب أو الأذن أو الألية الثلث أو أقل أجزأه وإن كان أكثر لم يجزه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة على ما هو في الصلوة وهو اختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلا قليلا حتى إذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فإن كان ثلثا فالذاهب الثلث وإن كان نصفا فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لأن لحمها أطيب وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوءين (والثولاء) وهي المجنونة وقيل هذا إذا كانت تعتلف لأنه لا يخل بالمقصود أما إذا كانت لا تعتلف لا تجزيه (والجرباء) إن كانت سمينة جاز لأن الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لا يجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتماء وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة وعنه إن بقي ما يمكن الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود (والسكاء) وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الأذن أولى وهذا الذي ذكرنا إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع إن كان غنيا عليه غيرها وإن كان فقيرا تجزيه هذه لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء

(قوله ويروى عنه الربع) يعني إذا كان الذاهب الربع لا يجوز لأن الربع له حكم الكمال وهو رواية محمد عن أبي حنيفة ن (قوله على ما مر في الصلوة) من أن الكشف مقدر بربع العورة وتقدير النجاسة بربع الثوب عيني (قوله ويروى الثلث) يعني إذا كان الذاهب الثلث لا يجوز وإن كان أقل من الثلث يجوز ن (قوله اعتبارا للحقيقة) من القليل والكثير من أسماء المقابلة فما دون النصف قليل حقيقة مل (قوله هو رجوع منه إلخ) يعني كان يقول أولا أن الثلث قليل والكثير ما زاد على الثلث ثم رجع وقال الكثير النصف وما زاد على النصف كما هو قولهما ك (قوله قولي قريب إلخ) أي قولي وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه أقرب إلى قولك الذي هو أن الأكثر من النصف إذا بقي أجزأه بالنسبة إلى قول من يقول أن الربع والثلث مانع ع (قوله روايتان) في رواية مانع لأن القليل عفو والنصف ليس بقليل لأن ما يقابله ليس بكثير وفي رواية غير مانع لأن المانع هو الكثير والنصف غير كثير لأن ما يقابله ليس بقليل عيني (قوله لا يتعلق به مقصود) ألا يرى أن التضحية بالإبل جائزة ولا قرن له ع (قوله وقد صح إلخ) رواه ابن ماجه في سننه عن عائشة وأبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يضحي اشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوءين ت (قوله إن كان هذا) يعني ألا يكون هذا وإن وقع نادرا لا يجوز ك قال المصنف في باب شروط الصلوة فإن صلت وثلث ساقها أو ربعها مكشوف تعيد الصلوة عند أبي حنيفة ومحمد وإن كان أقل من الربع لا تعيد وقال أبو يوسف لا تعيد إن كان أقل من النصف وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج من حد القلة أو عدم الدخول في ضده ش

(قوله كما فى نصاب الزكوة فانه اذا انتقص النصاب الذى وجب فيه الزكوة بعد الحول يسقط الواجب بقدره ولا يضمن رب المال النقصان ان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب جميعا المال لا الذمة فانه يسقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعا فكذا فى انتقاص الواجب بقدره من غير ضمان مل (قوله وعن هذا الاصل يعنى كون الوجوب على الغنى لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس

فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما فى نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شئ على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى فى ايام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعى لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تعيبت فى هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابى يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبى عليه السلام ولا من الصحابة (ويجزئ من ذلك كله الثنى فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزئ) لقوله عليه السلام ضحوا بالثناياالا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر فى مذهب الفقهاء وذكر الزعفرانى انه ابن سبعة اشهر والثنى منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل فى البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلى والوحشى يتبع الام لانها هى الاصل فى التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزأهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبى عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد فى الوجه الثانى لان النصرانى ليس من اهله وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى فى حق

مل (قوله وعلى الفقير الخ لان الوجوب على الفقير بالشراء بنية الاضحية والشراء قد تعدد فيتعدد الوجوب وعلى الغنى بايجاب الشرع والشرع لم يوجب الاضحية واحدة كذا فى الفتاوى الظهيرية ن (قوله فانكسر رجلها من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح كان الحكم كذلك ع (قوله خلافا لزفر والشافعى لانها صارت معيبة قبل الذبح فلم يجز تضحيتها ع (قوله خلافا لابى يوسف وجه قول ابى يوسف انه اخذ من غير فوره فالعيب الذى حدث به كان من اسباب هذا الذبح فصار ملحقة به فاذا انقطع الفور فهذا الذى حصل به العيب خرج من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبح الذى وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما لو حدث العيب بسبب آخر ووجه قول محمد ان ما جاء بسبب الذبح كان ثابتا بالذبح عن (قوله لانها هى الاصل فى التبعية لانه جزء منها ولهذا يتبعها فى الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفحل هو الماء فانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان محل ع

(قوله لان فيه الزام الخ) لان الولاء لمن اعتق وليس للوارث الالزام على الميت بخلاف الاضحية عنه فانه يورث نفعه فلا الزام عليه (قوله ولو ذبحوها الخ) اى لو كان فيهم صبي وضحى عنه ابوه او كان احد الشركاء ام ولد ضحى عنها مولاها جاز لان الصبي اهل للقربة وكذا ام الولد كافي (قوله لما بينا الخ) يعني وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى وبعض الاراقة صار نفلا الخ فصار الكل كذلك لان الاب لا يجب

قربة فيرتفع بكل بعض فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان
لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق
عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان
فيه الزام الولاء على الميت (فلو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز) لما
بينا انه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم)
لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال (ويأكل
من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه السلام كنت
نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان
يؤكله غنيا قال (ويستحب ان لا تنقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة
الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم
عليها اثلاثا (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (او يعمل منه آلة تستعمل
في البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم
(ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك
مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل (ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد
استهلاكه كالخل والابازير) اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف
على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم
بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت
الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد
كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطي
اجرة الجزار من الاضحية) لقوله عليه السلام لعلي تصدق
بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع
ايضا لانه في معنى البيع قال (ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل
ان يذبحها) لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه
اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف
قال (والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح) وان كان

عليه ان يضحي عن ولده الصغير اذا لم يكن له مال على ظاهر الرواية فكان الاب متطوعا وكذا نصيب ام الولد يكون تطوعا ونصيب الميت انقلب تطوعا ايضا لانه لما مات ولم يتعرض لم يجب على الورثة ان يضحوا عنه واذا لم يجب عليهم كان واسطة عن الميت (قوله ويأكل من لحم الخ) هذا في الاضحية الواجبة والسنة سواء اذا لم تكن واجبة بالنذر وان وجبت بالنذر فليس لصاحبها ان يأكل منها شيئا ولا ان يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا او فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولا ان يطعم الاغنياء ولو اكل فعليه قيمة ما اكل زيلعي (قوله لقوله عليه السلام الخ) اخرج ابو داود عن نبيشة الهذلي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انا كنا نهيناكم عن لحومها ان تأكلوها فوق ثلاث لكي تسعكم وقد جاء الله بالسعة فكلوا وادخروا • ٢٣ ت (قوله القانع) القانع هو الراضي بما عنده وبما يعطى من غير سؤال والمعتر المتعرض للسؤال كذا في الكشاف كذا قال العيني وقال في المغرب القانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل (قوله وذلك مثل ما ذكرنا) يعني كالنطع والجراب لانه لو دفعه وانتفع به في بيته يجوز فكذا اذا اشترى به ما ينتفع به في بيته لان للبدل حكم المبدل ك

(قوله وإذا غلط رجلان الخ) هذا شرط لأنه ذكر في النوادر ابن سماعة عن محمد لو تعمد الرجل ذبح
أضحية رجل عن رجل لم يجز عن صاحب الأضحية ولو أن صاحب الأضحية ضمن الذابح قيمته في ...
من الذابح عن (قوله حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر هذا في حق الفقير
وشراء الفقير ك (قوله ويكره أن يبدل بها غيرها أي إذا كان غنيا ك (قوله آذنا له ...
الإذن دلالة كالإذن صريحا كما في شرب ماء السقاية ... ذبح شاة شد القصاب

رجلها للذبح لأن الشاة تعينت للذبح لشد الرجل فيكون راضيا بالذبح دلالة مع أنه ربما يعرض له مانع من الذبح كذا هنا ك (قوله الدورق في ديوان الأدب الدورق مكيال الشراب وقال ابن دريد وأما الدورق الذي يستعمل فأعجمي معرب كذا في الجمهرة والمراد به ههنا هو القدر التي يطحن فيها الحنطة عند الطحن يدور منها الحنطة إلى قطب الرحى من

لا يجتزئ بأن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكتابي) لأنه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بإنابته ونيته بخلاف ما إذا أمر المجوسي لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفسادا قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزئه عن الأضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لأنها تفوت بمضي هذه الأيام وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فإن قيل يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحه بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه فطبخه أو ساق الدابة فطحنه أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الإذن دلالة إذا ثبت هذا نقول في مسألة الكتاب ذبح كل منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة فإذا كان

قوله فصار كما لو باع الخ يعني انه باع اضحية واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى يتصدق بالفضل على الثانية ولو لم يشتر به حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله ع (قوله ومن اتلف لحم اضحية صاحبه) متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرنا وهو قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ع (قوله كان الحكم

فان كانا علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته) لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

﴿ كتاب الكراهية ﴾

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

(فصل) في الاكل والشرب قال (ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بابوال الابل) وتاويل قول ابي يوسف انه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال (ولا بأس باستعمال

ما ذكرنا وهو انه يجب الضمان ويتصدق آخذ الضمان بقيمته (قوله ومن غصب شاة الخ ولو ذبح اضحية غيره بغير امره عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها يجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر ان الاراقة حصلت على ملكه زيلعي (قوله لانه ملكها الخ يعني فكانت التضحية واردة على ملكه ع (قوله كتاب الكراهية اورد الكراهة بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل من اصل او فرع ترد فيه الكراهة الا ترى ان في وقت الاضحية في ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وغيرها من المسائل كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهية ايضا ن (قوله الا انه لما لم يجد الخ اي اذا وجد نصا يثبت القول في المنصوص بالتحريم او التحليل وفي غير المنصوص يقول في الحل لا بأس وفي الحرمة اكره او احرم ويكل عن (قوله لحوم الاتن) خص الاتن مع شمول الكراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه ك (قوله نار جهنم) في المغرب هذا محفوظنا من الثقات بنصب الراء ومعناه يرددها من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته وتفسير الازهري يجرجر اي يحدر يعني يرسل واما ما في الفردوس من رفع النار وتفسير يجرجر بيصوت فليس بذاك ك

آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق) وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال (ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة) ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان من استعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال (ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله) لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره من عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه) اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال (ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي) لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الحرج

(قوله والبلور والعقيق ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما روي عن عبد الله بن زيد قال اتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضأ رواه البخاري وابو داود ... زيلعي (قوله في الاناء المفضض اي المزوق بفضة كذا في الدر المختار وقال في رد المحتار نقلا عن ... يقال لكل منقش ومزين مزوق حل (قوله عند ابي حنيفة روي ان هذه المسئلة وقعت في مجلس ... الدوانقي وابو حنيفة وائمة عصره حاضرون فقالت الائمة يكره وابو حنيفة ساكت فقيل له ماتقول فقال ان وضع فاه في موضع الفضة يكره والا فلا فقيل له من اين ذلك فقال ارأيت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه يكره ذلك فوقف الكل وتعجب ابو جعفر من جوابه زيلعي (قوله المضبب اي المشدود يقال باب مضبب اي مشدود بالضباب جمع ضبة وهي الحديدة العريضة التي يضبب بها وضبب اسنانه بالفضة اذا شدها بها وفي الذخيرة الضبب العريض او الفضة العريضة يجعل على وجه الباب وما اشبه ذلك ك (قوله وكذا اذا الخ اي لو جعل اي المفضض في نصل سيف وسكين او في قبضتهما او لجام او ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة در مختار (قوله وحلقة المرآة والمراد حلقة المرآة التي تكون حوالي المرآة لا ما ياخذه المرآة بيدها فذلك مكروه اتفاقا ك (قوله او جعل المصحف الخ قال في غرر الافكار يجتنب في المصحف ونحوه موضع الاخذ وفي السرج ونحوه موضع الجلوس وفي الركاب موضع الرجل وفي الاناء موضع الفم وقيل موضع اليد ايضا ويجتنب في النصل القبضة واللجام موضع اليد فالحاصل ان المراد الاتقاء بالعضو الذي يقصد الاستعمال به رد المحتار

قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج عن (قوله ويقبل في المعاملات الخ) يعني في المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا كبيرا كان او صغيرا لعموم الضرورة ولأن الانسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله او يستخدمه ويبعثه الى وكلائه ونحو ذلك ولا دليل مع السامع سوى الخبر ولأن المعاملات ليس فيها الزام واشتراط العدالة للالزام فلا معنى لاشتراطها فيها لأن الحال فيه

صغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها لأنه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لأن الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ويقبل ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والأمة اذا كانوا عدولا) لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال ملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي

قال (ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل) قال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لأن اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام

حال مسالمة لا حال منازعة ولأن المعاملات يكثر الخ فاذا قبل فيها قول المميز وكان في ضمن قبوله في المعاملات تقبل في الديانات ضمنا ضرورة وكم من شيء لا يصح قصدا يصح ضمنا ولأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة فلو لم يقبل فيها في ضمن المعاملات لأدى الى الحرج بخلاف الديانات المقصودة زيلعي (قوله لأن الفاسق متهم) لأنه يرتكب الكبائر فجاز ان يرتكب الكذب كما في قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء اي يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في الشاهد عند ابي حنيفة اذا لم يطعن الخصم والصحيح ان المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة حتى تظهر عدالته ك (قوله

وقوله في ظاهر الرواية الخ وظاهر الرواية اصح لانه لا يخلو عن احد شطري الشهادة وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة ع (قوله حتى يعتبر فيهما) اي في الفاسق والمستور اذا اخبر بنجاسة الماء ع (قوله ومع العدالة الخ) يعني اذا اخبر عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير اراقة الماء لسقوط احتمال الكذب مع العدالة واما التحري الخ له

من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرها نائحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى به لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى احل لاناثهم (الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير) لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير

(قوله من لم يجب الدعوة الخ) قلت اخرج مسلم بمعناه في النكاح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه [illegible] قال شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويدعى اليها من يأباها ومن لم يجب الدعوة فقد عصى [illegible] ورسوله انتهى ت (قوله كصلوة الجنازة الخ) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم [illegible] من تحمل المحذور لاقامة السنة واجيب بان هذه السنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركه [illegible] السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة ع (قوله منعهم الخ) ليكون عاملا بقوله عليه السلام من رأى منكرا فليغيره بيده الحديث ع (قوله لان في ذلك شين الدين) لان المقتدى امام في الدين وفعل امام الدين على خلاف الدين استحسان بالعين في نظر الناظرين اعظم (قوله وفتح باب المعصية الخ) فانه ربما يعتقد البعض الحل حين يراه ساكتا يصنع ذلك بين يديه فيكون فيه فتح باب المعصية على المسلمين كاف (قوله لانه لم يلزمه حق الدعوة) لان اجابة الدعوة انما يلزم اذا كانت الدعوة على وجه السنة وهذا اذا كانوا لا يتركون بحضوره وان كانوا يتركون احتشاما له واحتراما له يحضر لان حضوره يكون من باب النهي عن المنكر ك (قوله ويحل [illegible] للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل فاستدل على الحرمة بقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في [illegible] وهو عام في الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر (قوله بحديث آخر [illegible]) دل على ان مقتضى الحل للاناث متعذر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره ك

(قوله فكذا القليل) اجمعوا ان قليل الجلوس على كرسي الفضة لا يحل ولا يحل افتراشه وقد حل القليل منه وهو
سبب انه ثم فنداء الملقب القليل الا ليكون نموذجا فاذا انقلب مقصودا بقي حراما كالخمر وهذا لان الحرير
من اهل الجنة قال الله تعالى ولباسهم فيها حرير فوجب اطلاق القليل منه وهو للعلم والقليل من لبسه وهو
الاسراف فيكون نموذجا الى ذلك الكثير الكامل فاما بعضه فلا يكون لباسا في الدار الاخرة وانما يكون
الكرسي ونحوها على الطلفاء ﴿ ٣٦١ ﴾ لصار عينيا مطلقا وعن النبي * لا يصلح نموذجا ك (قوله

كان يلبس جبة لعبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة من حرير ولان القليل
من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه
نموذجا على ما عرف قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب
عندهما) لما روى الشعبي انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج
في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في
عين العدو لبريقه (ويكره عند ابي حنيفة) لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة
اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا
يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال (ولا بأس بلبس ما سداه
حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره) لان الصحابة رضي
الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير
ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو
يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا
لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لحمته حريرا وسداه غير
حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار
للحمة على ما بيناه قال (ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب) لما رويناه
(ولا بالفضة) لانها في معناه (الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة)
تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد
كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا
نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى
على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من
اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق
الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما
روي عن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب
ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت
بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر

كونه نموذجا النموذج بفتح النون معرب بمعنى الانموذج بضم الهمزة يعني ان المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة ليرغب في تحصيل سبب يوصله اليه ع (قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة مرتبط بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط والمعنى ان المحظور لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير النص متقدمة في المعنى الا انها اخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلها العقلي اكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل اظهر بت (قوله وما رواه محمول الخ اقول فيه نظر لان ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل
على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال
في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم ت (قوله والخز هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته
صوف حيوان يكون في الماء ك (قوله يدل على تحريمه فانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر وهو
محرم ك المرفقة بمعنى الوسادة س

بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان لأنه تزين في حقهن (وإنما يتختم القاضي والسلطان) لحاجته إلى الختم فأما غيرهما فالأفضل أن يترك لعدم الحاجة إليه قال (ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص) أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال (ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما لهما أن عرفجة بن أسعد الكناني أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبي عليه السلام بأن يتخذ أنفا من ذهب ولأبي حنيفة أن الأصل فيه التحريم والإباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الأنف دونه حيث أنتن قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال (وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق) لأنه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس (ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم (شعر) لا ينفعنك اليوم إن همت بهم • كثرة ما توصي وتعقاد الرتم • وقد روي أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان (فصل) في الوطء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن

(قوله لم تندفع في الأنف دونه أي دون الذهب أي لم تندفع الضرورة في الأنف بدون اتخاذه من الذهب ك (قوله ويكره الخ وذلك لأن الصبي يجب أن يعود ما يجوز في الشريعة دون ما لا يجوز ليألف ذلك من (قوله وهو الصحيح لأن عامة المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان لدفع الأذى وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ع (قوله والرتيمة ثم الرتيمة قد يشتبه على بعض الناس بالتميمة وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهي عنه وذكر في حدود الإيمان أنه كفر والرتيمة مباح لأنها ليست كالتميمة زيلعي (قوله وتعقاد الرتم الرتم نوع من الشجر وكان الرجل إذا أراد في السفر عمد إلى هذا الشجر فعقد بعض أغصانه ببعض فإذا رجع من سفره وأصابه على الحاله قال لم تخن امرأتي وإن أصابه وقد انحل قال قد خانتني أهلي ومعنى البيت هل ينفعك اليوم إن همت امرأتك أن تخونك وصيتك بها والتماسك من يحفظها وتعقادك الشجر (قوله إن همت بهم أي بشيء تريد يعني أنها إذا كانت عفيفة حفظت نفسها وإن لم تكن كذلك فلا حيلة فيها كذا قال أبو محمد يوسف بن الحسن والتعقاد مصدر بمعنى العقد على وزن تفعال كالتلعاب والتهذاب والبيت برواية الثقات من أهل اللغة هل ينفعك اليوم بلفظ هل وهو المشهور في كلام العرب وأعظمه أوردوا في كتبهم بحرف النفي وليس ذلك بشيء لأن نون التأكيد لا تدخل في النفي إلا نادرا في الشعر كذا في غاية البيان وفي النهاية أن هذا هو المشهور والمروي عن الثقات إلا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وفي المغرب الرتيمة خيط التذكر يعقد بالأصبع وكذا الرتيمة قال الشاعر شعر • إذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم • فليس بمغن عنك عقد الرتائم بل

لان فيه بعض الضرورة لانها تحتاج الى ابداء قدميها اذا مشت حافية او متنعلة وربما لا تجد
(قوله في كل وقت كاف (قوله قال فان كان الخ اى قال القدورى فى مختصره اى هذا الذى قلنا من
حل فى كل وقت كاف (قوله فان كان لا يأمن الشهوة الخ اى قال القدورى فى مختصره اى هذا الذى قلنا من
جواز النظر الى وجه الاجنبية وكفيها انما اذا امن الشهوة فاذا لم يأمن الشهوة لم يحل النظر الى وجهها
عامة احيان (قوله الا الحاجة كان يدعى الى الشهادة عليها او اراد تزوجها او كانت امة اراد شراءها
هكذا قال الولوالجى فى فتاواه

في صحيحه انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابى يوسف انه يباح
النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال (فان كان لا يأمن الشهوة
لا ينظر الى وجهها الا لحاجة) لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة
اجنبية عن شهوة صب فى عينيه الآنك يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر
من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك فى
الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك (ولا يحل له ان يمس وجهها ولا
كفيها وان كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى
بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس
منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما
اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف
الفتنة وقد روى ان ابا بكر كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا
فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله ابن الزبير رضى الله عنه استأجر
عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلى رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على
نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من
التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها
لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد
اذا اراد اداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهى) للحاجة الى
احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغى ان يقصد به
اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه
وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه
لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن اراد ان
يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها) لقوله عليه
السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة
السنة لا قضاء الشهوة (ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها
للضرورة وينبغى ان يعلم امرأة مداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس

مل (قوله لقوله عليه السلام من نظر الخ قال الزيلعى قلت غريب والمعروف من استمع الى حديث قوم وهم له كارهون صب فى اذنيه الآنك يوم القيمة اخرجه البخارى فى صحيحه فالاولى ان يستدل بما فى العناية انه قال عليه السلام لعلى رضى الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك وعنى بالثانية ان ينظرها عن شهوة وبما فى غاية البيان من انه روى اصحاب السنن عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم ان الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا ادرك ذلك لا محالة فزنا العينين النظر وزنا اللسان المنطق والنفس تمنى وتشتهى والفرج يصدق ذلك ويكذبه مل (قوله من نظر الخ هكذا ذكر شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى ولكن فى صحته نظر والمحاسن جمع الحسن وهذا شيء على خلاف القياس وكانه جمع محسن كذا قال الجوهرى والآنك الاسرب والافعل من ابنية الجمع ولم يجئ عليه الواحد الا آنك كذا فى الصحاح عن (قوله فانه احرى الخ اى فان الابصار ادنى بالاصلاح وايقاع الالفة والوفاق ك (قوله ان يؤدم اصله بان يؤدم فحذفت الباء وحذفها مع ان وان كثيرا عن

أصل (فإن لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل) لأنه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف لأنه أمارة المرض قال (وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا إلى ما بين سرته إلى ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لأصحاب الظواهر وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة وأبدى الحسن بن علي سرته فقبلها أبو هريرة وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك أما علمت أن الفخذ عورة ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى إن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب إن لج (وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل يباح المس) لأنهما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الأصل أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا إشارة إلى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالبة وهو

(قوله فإن لم يقدروا) أي لم يجدوا امرأة تداويها وخافوا على المرأة أن تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع من ذلك وجع غير متحمل ولم يمكن العلاج بغير الرجل (قوله كنظر الخافضة والختان) يعني ينظران إلى العورة لأجل الضرورة لأن الختان سنة وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركه وهو مكرمة للنساء أيضا والخفض للجارية كالختن للغلام وجارية مخفوضة أي مختونة (قوله وكذا للهزال الفاحش) إذا قيل له إن الحقنة تزيل ما بك من الهزال فلا بأس بأن يبدي ذلك الموضع للمحتقن على ما روي عن أبي يوسف وهذا صحيح فإن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) هو سعد بن معاذ المروزي فإنه يقول إن السرة أحد حدي العورة فيكون من العورة كالركبة وقوله والشافعي بالعطف على أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة عندهما كأنه وقع سهوا بوجهين أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة بقوله إنه أحد حدي العورة فيكون عورة كالركبة وهذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة من العورة والثاني أن الشافعي علل في إثبات أن الركبة ليست بعورة بقوله إنها حد للعورة فلا يكون من العورة كالسرة لأن الحد لا يدخل في المحدود كالمنتهى وهو تنصيص على أن السرة ليست بعورة وهذان التعليلان في المبسوط ولكن في الأسرار وقع أيضا إلى أن الشافعي جعل السرة من العورة ولم يجعل الركبة من العورة (قوله أنه قال الركبة من العورة) غريب من حديث أبي هريرة وتقدم في شرط الصلوة من حديث علي عند الدارقطني وفيه ضعف (قوله وار فخذك) من المواراة بمعنى الستر

ومن جانبها اعتبارا فهذا اشبه لان الرجل اذا كانت الشهوة فيه موجودة فى الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق فى جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما فى نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابى حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالعمل والاول اصح قال (وينظر الرجل من امته التى تحل له وزوجته الى فرجهما) وهذا اطلاق فى النظر الى سائر بدنهما عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ فى تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهى ما ذكرنا فى الكتاب ويدخل فى ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز مناكحته بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح

(قوله وهذا اشبه الخ) يعنى انه لو كان الناظر بشهوة هو الرجل فلان النساء اكثر شهوة من الرجال فكثرة الشهوة من جانبها يثبت اشتهاؤها من حيث الاعتبار وقد وجد من جانب الرجل حقيقة الاشتهاء والاشتهاء من الجانبين اكثر افضاء فى الوقوع الى الحرام من الاشتهاء من جانب واحد واما اذا كان الناظر بشهوة هى المرأة فالاشتهاء ان تحقق من جانبها من حيث الحقيقة لم يعتبر ثابتا من جانب الرجل ومجرد الشهوة من احد الجانبين فى جنبه ما هو حرام دون الشهوة من الجانبين فلهذا قلنا بالاستحباب فى جانب المرأة وبالحرمة فى جانب الرجل ع (قوله من الجانبين فى جانبه حقيقة لانه هو المعروض وفى جانبها اعتبار القيام الغلبة مقام الحقيقة ع (قوله امته التى تحل له قيد به لان اباحة النظر الى موضع منه مقتضية على حل الوطء وفيما لا تحل من امته كامة مجوسية وامته التى هى اخته من الرضاع كان الحكم فى النظر كامة الغير (قوله عليه السلام الخ اخرج اصحاب السنن الاربعة ابو داود فى الحمام والترمذى فى الاستئذان والنسائى فى عشرة النساء وابن ماجة فى النكاح عن معاوية بن حيدة قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأتى منها وما نذر قال احفظ عورتك الا من زوجتك او ما ملكت يمينك ت (قوله اذا اتى الخ روى الطبرانى فى معجمه عن ابى امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتى احدكم اهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين ت (قوله لان كل ذلك الخ اما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والاذن موضع القرط والعنق والصدر والثدى مواضع القلادة والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والساق موضع الخلخال والكف موضع الخاتم والخضاب والقدم موضع الخضاب ع

في الاصح لما بينا قال (ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر اليه) لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة (الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب (ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوج او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امن الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه) لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد

الحاجة

(قوله في الاصح متعلق بقوله او يباح لان اختلاف المشايخ في المسافرة بالرقيق لا في المسافرة بالمحارم لانه يجوز جميعا اذا كان محرما بسبب مباح او شبهة تجوز الخلوة والمسافرة معها واذا كان محرما بالزنا فلا قال بعضهم كذلك واليه ذهب القدوري وما ذكره لانا اثبتنا حرمة المصاهرة بحيث لا يجوز نكاح او حرمة بينهما احتياطا والاحتياط ان لا يسافر ولا يخلو معه عن (قوله لان الشهوة الخ قال الشهوة بين الاجنبيات متكاملة فلو جوزنا المس لادى الى الفساد غالبا من (قوله الا لا يخلون الخ قلت غريب هذا اللفظ وقد روي من حديث عمر وابن عمرو وجابر بن سمرة وعامر بن ربيعة وليس فيه قوله ليس منها بسبيل وهو محل الاستدلال ت (قوله والمراد اذا لم يكن الخ اقول لقائل ان يقول كون المراد اذا لم يكن محرما ليس بامر من اصل المسئلة لجواز ان يكون المراد اذا لم يكن زوجها ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز ان يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا ت (قوله لعدم الضرورة يعني ان الاباحة في الامة باعتبار الضرورة لا ضرورة للاجنبي في حق الخلوة والسفر بها ص (قوله وفي الاركاب الخ يعني اذا لم تقدر الامة الاجنبية على الركوب والنزول الا بمشقة وضرر يلحقها مع تركه ويركبها وينزل بها الاجنبي وفي ذوات المحارم اعتبر مجرد الحاجة بمعنى يركبها وينزلها بمجرد حاجة ذات المحرم الى الركوب والنزول سواء كان في ترك مسهما او نزولها ضررا لا لعادة النساء (قوله الضرورة اي الضرورة التي لا تدفع لها بمعنى اذ مات على الامة بان كانت في السياق فلو لم يركبها ينقطع عن القافلة ويهلك واما الحاجة ان يكون المرأة في البلد او القرية ولها حاجة ان تمشي الى المزرعة كفاية

(قوله ثم يفصل الخ) اى لم يفصل فى جواز المس من الامة الاجنبية ما يجوز النظر اليه بين الاشتهاء وعدمه لانه قال فى الاصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة فى الرجل يريد شراء جارية فلا بأس بان يمس ساقها وصدرها وذراعها وينظر الى ذلك كله مكشوفا الى هنا لفظ محمد فيه فدل على جواز مس من يريد الشراء بالاشتهاء لان الاطلاق اللفظ يشمل ذلك وانما جاز مس هذه المواضع التى يحل النظر اليها لان النظر انما

الحمد فلا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهى) كذا ذكر فى المختصر واطلق ايضا فى الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامة لم تعرض فى ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد لوجود الاشتهاء قال (والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفحل) لقول عائشة الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث فى الردى من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبى النظر اليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولى الشافعى لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح فى الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث دون الذكور قال (ويعزل عن امته بغير اذنها) ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير فى الجب والعنة ولا حق للامة فى الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها فى النكاح

(فصل) فى الاستبراء وغيره

قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والاصل فيه قوله

جاز اليها لمساس الحاجة لان الامة تحتاج الى الخروج فى المرافق والاخذ والاعطاء وتكليف الستر يؤدى الى الحرج فمست الحاجة النظر وكذلك يقع الحاجة الى المس وذلك عرض صحيح محل المس ... (قوله لانه نوع استمتاع) لان المس بشهوة جماع معنى والجماع حقيقة حرام ان اراد الشراء فكذلك الجماع معنى بخلاف النظر بشهوة فانه ليس بجماع اصلا (قوله لم تعرض فى ازار) المراد بالازار ما يستر ما بين السرة والركبة كافى (قوله معناه بلغت) لان الحيض رديف البلوغ فاراده المرديف كناية عن (قوله والخصى الخ) خصاه نزع خصيته يخصيه خصاء على فعال والاخصاء فى معناه خطاء واما الخصى كما فى حديث الشعبى على فعل فقياس وان لم نسمعه واما فعول فهى على فعل والجمع خصيان (قوله قال عائشة) حديث غريب واخرجه ابن ابى شيبة عن ابن عباس فى مصنفه ... موقوفا واخرج عبد الرزاق فى مصنفه عن شهر بن حوشب الخصاء مثلة (قوله الخصاء الخ) ... عن عائشة رض فى عامة كتب اصحابنا بطريق الارسال وقوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلامه تفريع كما يدل عليه تقرير الثقات فى عدة معتبرات تت

عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى
حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في
وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود مورد النص وهذا لان الحكمة
فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب
عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون
الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان الارادة والتمكن
الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة
امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما
يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب
استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب
كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا
يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك وممن لا يحل
له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب
وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق
السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها
في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره من اسباب الملك
قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف
لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ
بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصلة
بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا (ويجب

في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي) لان السبب قد تم الآن والحكم
يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي
مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت
المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو سبب متعين
للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت

(قوله في سبايا الخ) السبايا جمع سبية وهي جارية تسبى واوطاس اسم موضع على ثلث مراحل من مكة
الله صلى الله عليه وسلم غزوة مشهورة به وهي غزوة حنين عن (قوله ولا الحيالى الخ) الحيالى
وهي التي لا حمل لها على خلاف القياس للازدواج بالحبالى وهي جمع حبلى ويستبرئن بالهمزة لا غير
استبرئ الجارية وهو طلب براءة رحمها من الحمل بحيضة او ما قام مقامها (قوله افاد وجوب الخ) لان النهي
عن الوطي من المالك وهو المطلق
الحاضر يدل على وجوب الاستبراء لانه لو لم يجب لما منع المالك من استيفاء حقه والنفي ابلغ من النهي ك (قوله وهو استحداث الخ) لا يقال الوجه كونه مسبية لانه اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لانه لو اعتبر ذلك انسد باب القياس وانه مفتوح بالنص ولم يبق هنا الا كونها مملوكة رقبة ويدا وهو المؤثر كما ذكر في الكتاب تاج الشريعة (قوله لانه هو الموجود الخ) يعني ان الموجود في مورد النص وهو قوله الا لا توطأ الحبالى ليس الا استحداث الملك واليد فيكون هو السبب ولما منع الشرع عن الوطي مع الملك لا يخلو عن حكمة وهي صيانة الماء عن الخلط بماء غيره ولا يجوز ان يكون الحكمة موجبة لان الحكمة مخفية والعلة سابقة ك (قوله صيانة الخ) اورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه انهم يذكرون
اعلاق الولد من مائين لعدم امكان الاختلاط بينهما انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس المراد
بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة الخ الاختلاط الحقيقي بل المراد به الاختلاط الحكمي وهو ان لا يعرف
الولد من اي ماء العلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول الكافي في تعليل
الاختلاط اذ لو وطيها قبل ان يتعرف براءة رحمها فلا يدرى ان الولد منه او من غيره والذي يكون
اختلاط المائين اختلاطا حقيقيا ك

لانه اوردت المغصوبة او المؤاجرة اوفكت المرهونة) لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها فى كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعى لافضائها اليه اولاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعى فيها لانه لايحتمل الوقوع فى غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق فى الدواعى لايفضى الى الوطء والرغبة فى المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضى اليه ولم يذكر الدواعى فى المسبية وعن محمد انه لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها فى غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربى بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الاشهر بالشهر) لانه اقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى العدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد اربعة اشهر وعشرا وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة فى الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابى حنيفة قال (ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابى يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة والمأخوذ قول ابى يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها فى طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشترى حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشترى قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لايجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب

(قوله الامة بعض التى ابقت فى دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند ابى حنيفة لانهم لا يملكونها فلم يحدث الملك وعندهما يجب الاستبراء لانهم ملكوها ع (قوله ولها نظائر كثيرة الخ منها اذا كاتب امة ثم عجزت وردت فى الرق لا يلزمه الاستبراء وكذلك اذا باعها على انه بالخيار ثلاثة ايام وسلم الى المشترى ثم ابطل البيع فى مدة الخيار ومنها لا يلزمه الاستبراء اذا اودعها ثم استردها ك (قوله على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع فصارت ام ولد فيظهر ان الدواعى حصلت فى ملك غيره كف (قوله اصدق الرغبات لتوفر رغبته فيها ما لم يحصل مقصوده منها كف (قوله ولم يذكر الخ واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهو المسبية الى الفرع وهو غيرها فيعتبر فى غير المسبية دونها ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة ولا يبعد ان يكون للاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل هنا ان حرمة الدواعى فى هذا الباب مجتهد فيه حيث حرمت الدواعى لم يقل بها الشافعى واكثر الفقهاء فلما كان علتها فى المسبية امرا واحدا وهو الافضاء لم تعتبر ولما كان فى غيرها امران الافضاء والوقوع فى غير الملك تعاضدا فاعتبرت ع (قوله

على حبيب اسرة اى قوله (حتى الشق) اولاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بت (قوله لما روينا اشارة الى قوله الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ع (قوله كما فى المعتدة اى كما ان الشهر يقوم مقام الحيض فى حق المعتدة اذا كانت من ذوات الاشهر من (قوله كما فى العدة اى اذا كانت عدتها بالاشهر فرأت الدم فى خلالها يجب الاعتداد بالحيض عيني (قوله حيضها اى تمنعها من قولهم وقع الطير على اللحم وتعبير الرفع بالجماع تعبير باحد انواع التمنع اعطى

الظاهر ولايلمس ولايقبل ولاينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر) لانه لما حرم الوطى الى ان يكفر حرم الدواعي للافضا اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما فى الاعتكاف والاحرام وفى المنكوحة اذا وطيت بشبهة بخلاف الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففى المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناه لقصور مددها وقد صح ان النبى عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال (ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولايقبلها ولايمسها بشهوة ولاينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها) واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لايجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولايعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لايجوز الجمع بينهما فى الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطى بمنزلة الوطى فى التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس له ان يجامع احداهما ولا ان يأتى بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا وغيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطى يحرم به وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق فى هذا لثبوت حرمة الوطى بذلك كله وبرهن احداهما واجارتها وتدبيرها لاتحل الاخرى الا يرى انها لاتخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لايباح له وطى الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح فى التحريم ولو وطى احداهما حل له وطى الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطى الاخرى

(قوله الظاهر الخ هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة فى الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق فى الاستبراء الى حرمة الدواعي وفى هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره ع (قوله حرام لانه لو كان السبب حلالا لكان المسبب ايضا حلالا لان المقصود من مشروعية السبب هو المسبب كما فى الاعتكاف لما حرم الوطى حرم الدواعي ايضا والاحرام لما حرم الوطى حرم الدواعي ايضا وفى المنكوحة اذا وطئت بشبهة حرم وطيها قبل انقضاء العدة فكذلك حرم الدواعي عن (قوله يمتد شطر عمرها اى قريبا من شطر عمرها وهو عشرة ايام فى كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهى نصف الشهر ك (قوله ويضاجع الخ اخرجه الائمة الستة عن عائشة رض قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامر احدانا اذا كانت حائضا ان تتزر ثم يضاجعها (قوله فقبلهما الخ لانه اذا لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطاء ايهما شاء سواء كان اشتراهما معا او اشتراهما على التعاقب وان قبل واحدة منهما فله ان يطأ المقبلة دون الاخرى واذا لم يكن التقبيل بشهوة صار كانه لم يقبلهما اصلا ن (قوله لاطلاق الخ والمراد الجمع بينهما وطيا وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطئا وعقدا زيلعى (قوله ولايعارض الخ فان قلت الاصل فى المسائل الجمع و ممكن هنا بان يحمل قوله تعالى وان تجمعوا على النكاح وقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم على ملك اليمين قلت النص الذى يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجمعهما وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا ايضا ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص اجماعا فان امه واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع تاج الشريعة

(قوله لايجوز الجمع بينهما الخ كل شخصين لو جعل احدهما ذكرا والآخر انثى ايهما كان جاز النكاح بينهما جاز الجمع بينهما اذا كانتا انثيين وان كان لايجوز النكاح بينهما لايجوز الجمع بينهما اذا كانتا انثيين
شرح الطحاوى قوله وقبل بين عينيه وذلك يوم فتح خيبر وقال لا ادرى بماذا أسر بفتح خيبر ام بقدوم جعفر وعانق زيد بن حارثة وكان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعلون ذلك وفى الكافى كان الاعراب يقبلون اطراف النبى صلى الله عليه وسلم

لا توطى ابوطؤه وكل امرأتين لايجوز الجمع بينهما كما فيما ذكرناه بمنزلة الاجنبيين قال (ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه) وذكر الطحاوى ان هذا قول ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لابأس بالتقبيل والمعانقة لما روى ان النبى عليه السلام عانق جعفرا رضى الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى ان النبى عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف فى المعانقة فى ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصـــــــل فى البيع

قال (ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة) وقال الشافعى لايجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى فى الاراضى لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لاينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لابغير المخلوط فى الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال (ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلنى صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها) لانه اخبر بخبر صحيح لامنازع له وقول الواحد فى المعاملات مقبول على اى وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لى او تصدق بها على لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض بشئ من ذلك لان اكبر الرأى يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله

زيلعى (قوله وهى المعانقة تفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال فى ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكامع المرأة قبلها وقال فى الفائق نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملاعبة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لايستر بينهما ك (قوله ثم قالوا الخ الشيخ ابو منصور وفق الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف بقوله فى ازار واحد فانه سبب يفضى اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس ع (قوله من صافح الخ قلت روى الطبرانى فى معجمه عن حذيفة بن اليمان عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان المومن اذا لقى المومن فسلم عليه واخذ بيده فصافحه تناثرت

خطاياهم كما يتحات ورق الشجرت

(قوله فصل فى البيع امر فصل لم ع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطى لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لان ما كان اكثر اتصالا كان اهم لتقديم ع (قوله فكان مالا لان المال ما يباح ولذا ى يدخر لوقت الحاجة وقد تمول المسلمون السرقين واستعملوا بلا نكير من غير نكير من احد من السلف عن قوله ونجوز بيع المخلوط ما يضمنا يجوز بيعه ونجاسة العين تمنع الاكل ولا تمنع الانتفاع فجاز بيع ذلك لوجود الانتفاع ع

(قوله حجة في حقه اي في حق نفسه فيما يرجع اليه وهو قوله ليس لي ولكن لفلان واما خبره عن غيره فيما يرجع اليه وهو قوله وكلني او اشتريت منه فلا يصلح حجة وهو اكبر الرأي مثل (قوله في حق الفاسق والعدل اي في حق الناس كافة لان اليد دليل الملك شرعا والفاسق والعدل في هذا سواء حتى اذا نازعه غيره لقوله وحل لمن رآه في يده ان يشهد له بالملك ك (قول لا يملك مثل ذلك حتى مثلا في يده فقير لا يملك شيئا او اي

وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يعرف صاحب اليد شيئا فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق) يعني بعد التحري (فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت

كتابا في يده عامل ولم يكن في آبائه من هو اهل لذلك فيظن كل واحد انه سارق لذلك العين فكان التنزه عن شرائه افضل ك (قوله وان كان الذي اتاه الخ اي اذا اتى عبد او جارية بجارية واراد بيع الجارية فلا يشتري حتى يسأل الخ عن (قوله لم يشترها اي لم يتعرض لشيء منه لوجود المانع للملك وهو الرق وهو معنى قوله لقيام الحاجر بالراء المهملة لان الرق حاجر عن التصرف اي مانع عنه فما لم يوجد نوع دليل لم يعمل بمجرد اليد عن (قوله ولو ان امرأة الخ هذه المسئلة مع ما بعدها الى قوله واذا باع المسلم خمرا من مسائل كتاب الاستحسان ذكرها ههنا تفريعا على مسئلة الجامع الصغير عن (قوله فلا بأس الخ لان القاطع اذا كان طاريا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من انضمام رأي المخبر ع (قوله ثم تتزوج هذا في الاخبار واما في الشهادة فلا يسمع وان كان الشاهد اثنين حيث لا يحضر القاضي بالفرقة لانه قضاء على الغائب ك (قوله لان القاطع اي قاطع النكاح طار على النكاح السابق ويمكن الجمع بينهما ولا منازع فيمنع العمل به اعظم (قوله فلا بأس الخ اي اذا كانت ثقة او وقع في قلبه انها صادقة كفى

من ابنه او امته حيث يقبل قول الواحد فيه لان الملك طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الفرق يدور العرف ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال (واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به) والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال (ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به) والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام

(قوله فلم يثبت المنازع الخ اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان ملك الزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل هو باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى منه ع (قوله يدور الفرق وهو ان المفسد اذا كان طاريا يثبت بخبر الواحد العدل وان كان مقارنا فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان ك (قوله بخلاف ما تقدم وهو انها قالت اعتقني مولاي يقبل لعدم المعارض اما في قوله انا حرة الاصل يوجد معارض مقارن لان كونها حرة الاصل ينافي الملك عليها اما في قولها اعتقني لم يوجد المعارض لان كونها مملوكة لا ينافي الاعتاق في وقت آخر فيقبل حتى اذا قال المولى ما اعتقتها لا يثبت العتق لوجود المعارض حينئذ (قوله فانه يكره الخ روي عن محمد انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه ع (قوله ويكره الاحتكار هو افتعال من حكر اي حبس والمراد حبس الاقوات متربصا للغلاء ع (قوله وكذلك التلقي صورة التلقي ان يخرج من البلد الى القافلة التي جاءت بالطعام واشترها خارج البلد وهو يريد حبسها ويمتنع عن بيعها ولم يتركها حتى يدخل القافلة البلد كف (قوله الجالب الخ قال الفقيه ابو الليث اراد بالجالب الذي يشتري الطعام للبيع فيجلبه الى بلد فيبيعه وهو مرزوق لان الناس ينتفعون به فيناله بركة دعاء المسلمين والمحتكر يشتري الطعام للمنع ويضر بالناس عن (قوله ملعون قيل اللعن على نوعين احدهما الطرد من رحمة الله تعالى وذلك لا يكون الا للكافر والثاني الابعاد عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهو المراد هنا لان عند اهل السنة المؤمن لا يخرج من الايمان بارتكاب كبيرة ك

من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان مادونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر غير موضع ويقع التفاوت فى المأثم بين أن يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة فى الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة فى الطعام غير محمودة (قال ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثانى فالمذكور قول أبي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع فى المصر أو جلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر فى الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة (قال ولا ينبغى للسلطان ان يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغى للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضى هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة فى ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأى والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضى وهذا ظاهر عند ابى حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه

(قوله وقيل بالشهر اى قال بعض مشايخنا هو مقدرة بشهر ولم يجعل التقدير فى المدة لازما لان المعتبر فى المنع عن الاحتكار هو الضرر والضرر يلحق فى كثير المدة دون قليلها وما دون الشهر قليل بدليل سقوط الصوم بالجنون شهرا بخلاف ما دونه وكذا اذا امر الوكيل او الموكل حبسه مطلقا بطلت او... اجله شهر عند ابى يوسف ولو قال لاقضين دينه عن قريب فهو على ما دون الشهر لان الشهر وما زاد عليه بعيد ولهذا كان الشهر ادنى الاجل فى السلم وما دونه فى حكم الحال ع (قوله ويقع التفاوت الخ اراد ان اثم من يتربص القحط اعظم من اثم من يتربص عزة الطعام وهى الغلاء عينى (قوله المدة للمعاقبة الخ يعنى ضرب المدة لاجل المعاقبة فى الدنيا يعنى يهدد الامام المحتكر عينى (قوله غير محمودة هذا اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الاضرار بالناس اما اذا لم يكن شئ من ذلك فهو محمود لان الكاسب حبيب الله ك (قوله لقوله عليه السلام لا تسعروا الخ اخرجه ابو داود والترمذى فى البيوع وابن ماجه فى التجارات عن انس قال قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وانى لارجوان القى الله وليس احد منكم يطالبنى بمظلمة من دم ولا مال ت (قوله على ما نبين والبيان (هو)

فى قوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا بضعف ما يباع به كما اذا باعوا قفيزا بخمسين وهو يشترى بخمسين ك (قوله مرة اخرى وفى الجامع الصغير فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعظه وهدده فان رفع اليه مرة ثالثة حبسه ك (قوله تعديا فاحشا بان يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين ع

بالا

(قوله على الاختلاف) يعني ان فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يبيع على مذهب ابي حنيفة ويبيع على
قولهما كما في بيع مال المديون المفلس اذا امتنع من البيع وقيل يبيع بالاتفاق من (قوله لان المعصية الخ
فان قيل بيع العصير ممن يتخذه خمرا بيع من اهل المعصية فكلاهما لا يكره وزان بيع السلاح من اهل الفتنة
قلنا لان المفاسد تقع بعين المبيع ولكن بيع الخمر بعينه لا يجوز اصلا لانها ليست بمتقومة في حق المسلم
وبيع السلاح منهم يجوز ويكره ◆ ٣٧٥ ◆ لان السلاح مال متقوم والكراهة للمعصية المجاورة من (قوله
وانما المعصية الخ اتخاذ بيت النار والكنيسة والبيعة معصية للذمي ايضا فانهم مخاطبون بالايمان بالاتفاق واتخاذها ينافي الايمان فكان معصية قطعا وبيع الخمر ليس بمعصية للكافر فان خطاب التحريم غير نازل على الكفار فقول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر الخ محمول على التغليب ت (قوله فتقطع نسبته الخ فصار كبيع الجارية ممن لا يستبرأها او يأتيها من دبرها او بيع الغلام من الوطي* والدليل عليه انه لو آجره للسكنى جاز وهو لا بد له من عبادته فيه زيلعي (قوله لظهور شعائر الاسلام الخ لان عامة شعائر الاسلام من الجمع والاعياد والجماعات واقامة الحدود وغير ذلك تختص بالامصار ففي احداث الكنائس
والبيع ونحو ذلك استخفاف بالمسلمين بخلاف السواد عن (قوله وهو الاصح وهو اختيار شمس الائمة
السرخسي وفخر الاسلام علي البزدوي ومنه البلخي لا يمنعون من ذلك في السواد عن (قوله لعن
في الخمر الخ اخرجه ابو داود في سننه عن ابن عمر رض يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله الخمر وشاربها
وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها وآكل ثمنها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه انتهى ت

غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة) معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا) لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال (ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجارة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال (ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها) وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهذا رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام

(قوله الان مكة الخ روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن مجاهد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة حرمها الله لا يحل بيع رباعها ولا اجارة بيوتها انتهى ت (قوله رباعها الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا في القاموس ست (قوله لانه خالص ملك الباني الاترى انه لو بنى في ارض الوقف صار البناء ملكا له وجاز بيعه زيلعي (قوله ملك الباني قال ابن الجوزي في اسفار مكة مبني على انها ان فتحت عنوة فتكون وقفا على المسلمين ﴿ ٣٧٦ ﴾ فلا يجوز بيعها وان فتحت صلحا فهي باقية على اهلها فيجوز انتهى ت (قوله ويكره اجارتها الخ وروى هشام عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه كره اجارة بيوت مكة في الموسم ورخص في غير الموسم لان اهل الموسم لهم ضرورة الى النزول والمقيم لا ضرورة له الى النزول عن (قوله من آجر الخ قلت قريب من هذا اللفظ وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اكل من اجور بيوت مكة فانما يا كل نارا انتهى ت (قوله تسمى السوائب قلت رواه ابن ماجه في سننه في الحج من علقمة قال توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر وما يدعى رباع مكة الا السوائب من احتاج سكن ومن استغنى اسكن انتهى ت (قوله ومن وضع الخ معنى المسئلة ان رجلا مقيرا له درهم يخاف لو كان في يده يهلك او يصرف الى حوائجه...

الان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر آية اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك) لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا وقد نهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله اعلم (مسائل متفرقة) قال (ويكره التعشير والتنقيط في المصحف) لقول ابن مسعود جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجر ان القرآن فيكون حسنا قال (ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام الخصيان) لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرم

...كما في شرى التوابل والملح والكزبرة وليس له فلوس حتى يشتري دراهما فيعطيه من الحاجة كل ساعة جزأ من الدرهم البقال لان ياخذ منه ما يحتاج اليه مما ذكرنا بحصانه جزأ فجزأ حتى يستوفي ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لان حاصل هذا الفعل راجع الى ان يكون قرضا فيه مرتفع وهو مكروه ك

قال (ولا بأس بخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل) لأن في الأول منفعة البهيمة والناس وقد صح أن النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني) لأنه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك) وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لأنه من القعود وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث لأنه مأثور عن النبي عليه السلام روي أنه كان من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق على الخالق قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو) لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وإن لم يقامر بها فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل إلا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في دم الخنزير ولأنه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم إن قامر به تسقط عدالته وإن لم يقامر لا تسقط لأنه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا

(قوله ولا بأس بخصاء الخ) هذا لفظ القدوري يقال خصاه يخصيه خصاء بالكسر والمد من باب ضرب نزع خصيتيه وهو المشهور عند أهل اللغة وقد وردت الرواية في كتب محمد والطحاوي بلفظ الإخصاء أيضا من المشتبه من (قوله منفعة البهيمة) فإن فيه سمنها ويطيب به لحمها وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوءين وهما المرضوض خصاهما مل (قوله اليهودي الخ) ونص محمد في المجوسي على أنه لا بأس بعيادته ولكن المشايخ اختلفوا فيه منهم من قال لا بأس به لأنهم من أهل الذمة كاليهود والنصارى وقال بعضهم لا يجوز لأن المجوسي أبعد من الإسلام من اليهود والنصارى ألا ترى أنه لا يجوز ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق أيضا والأصح أنه لا بأس به لأنه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين كذا قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير من (قوله لأنه من القعود) فلا يشكل كراهيته لأنه وصف الله تعالى بما هو باطل وهو القعود وهو التمكن على العرش وذلك قول المجسمة وهو قول باطل من (قوله لأنه يوهم الخ) فيتوهم أن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفة القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به كذا (قوله بحق فلان الخ) ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله أن يفعل كذا لا يجب على ذلك الغير أن يأتي بذلك الفعل شرعا وإن كان الأولى أن يأتي به كذا (قوله ولنا قوله الخ) روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون وروي مثل هذا عن عمر أيضا أنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج وقد شبه فعلهم بفعل عبادة الأوثان من

استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه
الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان حين كان عبدا
وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة
رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء
ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته
ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال (ومن كان
في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) واصل هذا
ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه
الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي
قام مقامه باثبات الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو
شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك يملكه من يعوله
وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء
هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره
ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه
الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح
باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق
قال (ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها
ولا يجوز للعم) لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم
(ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الا اذا فرغ من العمل) لان
عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه
وقد ذكرناه قال (ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية) ويروى
الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين
الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار (ولا يكره
ان يقيده) لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد
تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال (ولا باس بالحقنة) يريد

(قوله ليس من اهله) لقوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ولان ما في يده مملوك للمولى فلا يملك اسقاط ملكه
الا بتمليكه وانه ملك التجارة دون التبرعات م ل (قوله وقبل هدية بريرة الخ) بريرة كانت مكاتبة لبني هلال
واستعانت في كتابتها من عائشة فقالت عائشة ان شاء اهلك اشتريتك منهم واعتقتك
فقالوا لا نرضى الا ان يكون الولاء لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الولاء لمن اعتق فاشترت
واعتقت فكان الناس يتصدقون
عليها وهي تهدي لعائشة
وغيرها ودخل عليها رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقدمت
اليه رطبا والقدر تغلي
من اللحم فقال الم تجعلي لنا
نصيبا من اللحم فقالت هو
لحم تصدق علي فقال لك
صدقة ولنا هدية وروى
حديث بريرة البخاري ومسلم
وابو داود والنسائي والترمذي
وابن ماجه كلهم عن عائشة
رض والفاظهم متقاربة وقال
الزيلعي لم اجد في شيء
من طرق الحديث ان الهدية
وقعت حين كانت مكاتبة
ولكن روى عبد الرزاق
في مصنفه في الطلاق عن عروة
انها ابتاعتها مكاتبة على
ثمانية اواق ولم تعطن
كتابتها شيئا انتهى مولوي
محمد عبد الحليم (قوله
واجاب الخ) قلت غريب
وفيه حديث مرفوع اخرجه
الترمذي وابن ماجه عن
انس بن مالك قال كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم
يعود المريض ويتبع الجنازة
ويجيب دعوة المملوك ت (قوله فتح باب الخ) اي لانه لما كان بعض ما كان تحقق معناه في فتح (ب
باب الاصابة من كل وجه الولاية ومن وجه العقل والشفقة ومن جهة العقل والتمييز لان العاقل كله موجود
وليس في ذلك مدافعة الحكم ص (قوله لا يجوز ذلك لان عقد الصبي انما يصح فيما هو نفع محض وليس
في لزوم العقد منفعة خالصة لانه مشوب بالضرر ع ن

ه استداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجل والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام (قال ولا باس برزق القاضي) لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال (ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم) لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

﴿ كتاب احياء الموات ﴾

(قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمي بذلك لبطلان الانتفاع به (قال فما كان منها عاديا لا

(قوله مباح الخ) والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله لا على الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام ع (قوله باباحته الحديث قلت يشير الى حديث تداووا واخرجه اصحاب السنن الاربعة عن اسامة قال قالوا يا رسول الله انتداوى فقال تداووا فان الله عز وجل لم يضع له داء الا وضع له دواء غير السام والهرم ت (قوله الا انه لا ينبغي الخ في التهذيب يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي اذا اخبره طبيب مسلم ان شفاءه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان ك (قوله لان الاستشفاء بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء آخر غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال يكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال ع (قوله بعث عتاب الخ قال الزيلعي انه روى الحاكم في المستدرك في كتاب الفضائل انه استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد على مكة وتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عامل عليها وقد ورد في الاحاديث ان النبي عليه السلام بعث عليا الى اليمن ولم يذكر في شيء من الاحاديث انه عليه السلام فرض عتابا او عليا مالا حل (قوله كما في الوصي فانه يحبس نفسه لاجل العمل لليتيم فنفقته في ماله قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وفي صحيح البخاري قالت عائشة يأكل الوصي بقدر عمالته كذا قال الزيلعي حل

(قوله او كان مملوكا الخ هذا قال بعض المشائخ وقال بعضهم الاراضي المملوكة فهي كالمطر (قوله
بحيث اذا وقف الخ في الذخيرة الفاصل بين القريب والبعيد مروى عن ابي يوسف قال يقوم رجل
جهوري الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال وينادي باعلى صوته فاي الموضع انتهى اليه
صوته فيه يكون بعيدا ك (قوله لا يسمع الصوت وان كان يسمع فلا لانه فناء العامر فيستعمون به
يحتاجون اليه لرعي مواشيهم

مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية
بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات
قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي
عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق
بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم
يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن
الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر
ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه
ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان
قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة
السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف (ثم من احياه باذن الامام ملكه
وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه) لقوله عليه السلام من
احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد
ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما روياه
يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف
الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر
الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا
سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها
ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها
لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني
لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك
وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبه
الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول في الارض

ولمسرح مصالحهم فلم يكن انتفاعهم منقطعا عنه ظاهرا فلا يكون مواتا زيلعي (قوله ما قدم خرابه ولا يعرف له مالك لان يكون منسوبا الى عاد لان جميع ارض الموات لم تكن لعاد وانما كني بذلك عن القديم لان عادا كان في قديم الايام ع (قوله لتكون اي الارض ميتة مطلقا لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الميتة على الاطلاق ومطلق الاسم ابدا ينصرف الى الكامل والكامل من المسمى ان لا يكون الارض مملوكا لاحد فان كان مملوكا لمسلم او ذمي وصار خرابا وانقطع عنها الماء وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب فانه لا يكون ميتة حتى لا تملك باذن الامام عندهم جميعا لان ما كان مملوكا لمسلم او ذمي لا يزول الملك عنها بخراب وانقطاع الماء عنها والمرافق بل تصير لوارثه ان عرف وان لم يعرف ترد لجماعة المسلمين فيكون مملوكا والميتة لا تكون
مملوكة لاحد ولهذا اقتضى اطلاق اسم الميتة ان لا يكون مملوكا لمسلم ولا لذمي واذا لم (اي بعد
يكن الارض مملوكا لمسلم ولا لذمي وانقطع عنها مرافق الناس الا ان الماء لا ينقطع عنه لا يكون ميتة
واذا انقطع عنها الماء ولم تكن مملوكة لاحد الا انه لا ينقطع مرافق الناس عنها فان كان ينتفع
اهل مصر او قرية لا يكون ميتة لهذا ع (قوله ولانه اي ولان الموات مغنوم لانه كان في ايدي المشركين
ثم صار في ايدي المسلمين بايجاف الخ عيني

الرابعة لتعينها للطرقه ولهذا الرابع ابطل منفعة قال (وبملك الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصله قال

(ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا اعلمه لابد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ امووره فيه ثم زمان يرجع الى مايحجره فقدرناه بثلاث سنين لان مادونها من الساعات والايام والشهور لايفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكه لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق مافيها من الشوك او خضد مافيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان كان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال

(ولايجوز احياء ماقرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على مابيناه

(قوله لتعينهما للطرقه الخ لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا اهدر الرابع فقد ابطل طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق ك (قوله اويعلمونه اى او يعلمون بوضع شيء آخر سوى الاحجار يمنع غيرهم عن احيائه ك (قوله فقدرناه الخ فيجعل له من المدة ثلاث سنين لان مرجوعه الى وطنه سنة لان دار الاسلام من ادناها الى اقصاها يقطع في سنة فلعله انه تحجر في اقصى طريق دار الاسلام وبلده في الطرف الآخر من دار الاسلام ولاصلاح امور وسنة وللرجوع الى ذلك سنة فلا ينبغي ان يشتغل باحياء ذلك الموضع غيره الى ثلاث سنين ولكن ينتظره ليرجع وبعد مضي المدة الظاهر انه قد بدا له وانه لايريد الرجوع اليها فيجوز لغيره احياؤها كف (قوله على مابيناه اشارة الى ماذكره فيما مر بقوله والبعيد عن القرية على ماقال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان مايكون قريبا من القرية لاينقطع ارتفاق اهله عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية نت (قوله تطرق بفتح اول وثاني وضم راء مهملة مشددة راه كردن وراه يافتن هث اقول لايتم هذا التعليل لانه اقتضاه ان يأخذه الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء ايضا اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج نت (قوله تسنيم غر بشته وكوهان دار كردان چيزى راق منتهى الارب سنم القبر غربشته كرد قبررا خلاف تسطيح قوله الحصائد جمع حصيد وحصيدة وهي الزرع المحصود ومطرح الحصائد هو الموضع الذى يلقى فيه الزرع المحصود للتكدس عن

(قوله وعلى هذا الخ استدلال بأن ما افتقر إليه الناس كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لا يجوز
قطع منفعتهم بالاقطاع من احد فكذلك لا يجوز احياء ما تعلق به حق العامة كما في النهر والطريق لو (قوله
لا يجوز الخ اي ليس للامام ان يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه يعني اذا كانت اجمة او غيضة او
يشربون منها او مملحة لاهل البلدة فليس للامام ان يقطع ذلك لاحد فان اقامة السلطان ارضا مواتا
اعطاها ليحييها من (قوله

فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا
لا يجوز للامام ان يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي
الناس منها لما ذكرنا قال (ومن حفر بئرا في برية فله حريمها) ومعناه اذا حفر في
ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر
احياء قال (فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا) لقوله عليه السلام
من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل اربعون من
كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء
الى ما حفر دونها (وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا) وهذا عندهما وعند ابي
حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم
بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج
فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء
منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام
المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل
به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق
به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقي
من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه
ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت
عينا فحريمها خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان
العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع
فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة
والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل
جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناها من قبل وقيل
ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا
رخاوة فيزداد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال (ومن اراد ان يحفر

لان حفر البئر احياء لانه
يصير منتفعا به فاذا كان
احياء فتملكها ومن ملك
شيئا ملك ما هو من ضروراته
والحريم من ضرورات
الانتفاع بالبئر فيملكه
ويحيى (قوله فان كانت
للعطن الخ وهي التي
ينزح الماء منها باليد
والعطن مناخ الابل ومبركها
حول الماء وبئر الناضح
هي التي ينزح الماء منها
بالبعير والناضح هو البعير
كذا في الكفاية وفي شرح
الوقاية بئر العطن البئر
التي يناخ الابل حولها
ويسقى وبئر الناضح
البئر التي يستخرج ماؤها
بالبعير ونحوه مل (قوله
ولان القياس الخ مدار
هذا الدليل على التنزل
عما ذكر في الدليل السابق
من كون العام المتفق
على قبوله اولى من الخاص

المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان احدهما على الآخر فهما فيما تعارضا فيه وهو
وراء الاربعين حفظنا القياس فيه ثبت (قوله وفيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين لان احدهما ينفيه
والآخر يثبته وانما قلنا ذلك لان للعام موجبين احدهما ان يكون الحريم اربعين والثاني ان لا يكون
زائدا حيث ذكر بكلمة من وهي للتبعيض والتمييز يمنع عليه الزيادة ﻙ

(قوله في حريمها) اي في حريم العين التي احياها الاول او في حريم البئر التي احياها منع الثاني منه لانه
يبطل ما احيا الاول او ينقص نفع الاول بفوات حقه وفي الثاني الاخلال بحقه وكلاهما لا يجوز لان فيه
حريم الغير (قوله ان يصلحه ويكبسه) من باب اعجبني زيد وكرمه فيكون العطف للتفسير فان الاصلاح
بكبسه ع (قوله ان يكبسه) اي يكبس الثاني يكبس البئر التي حفرها الثاني (قوله كما اذا هدم

(في حريمها منع منه) كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر
ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه
فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو
اراد ان يأخذ الثاني فيه قيل له ان يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما
في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم
يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي
للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان (وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه)
لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما
والعذر لابي حنيفة انه يجعل في الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام
وان كان لا يملكه بدونه (وما عطب في الثانية فيه الضمان) لانه متعد فيه
حيث تصرف في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء
بئر الاول لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب
الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه (والقناة لها حريم
بقدر ما يصلحها) وعن محمد انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو
عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في
التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو
بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس في ارض
موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها)
لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمرة ويضعه فيه وهو مقدر
بخمسة اذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وما ترك الفرات او الدجلة
وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه) لحاجة العامة الى
كونه نهرا (وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر)
لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام
قال (ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة)

الخ حيث يضمنه لتعلق المهدم ثم يبنيه بنفسه ع (قوله طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن النقصان بينهما ع (قوله وما عطب الخ اي لا ضمان فيما عطب من البئر الاولى سواء احياها باذن الامام او بغير اذنه جميعا وهذا لا يشكل على قولهما لان له ان يحفره بدون اذن الامام ولهذا يملك البئر في الحالتين فاذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره كما لو حفره في داره وكذلك لا اشكال على قول ابي حنيفة ان كان حفره باذن الامام فاما اذا كان حفرها بلا اذن الامام بقي اشكال على قوله وحله ان يقال له ولاية التحجير بلا اذن الامام وان لم يكن له الاحياء بغير اذنه فيجعل حفره بغير اذن الامام تحجيرا لا احياء فاذا كان
كذلك فقد فعل ما له فعله فلا يكون متعديا فلا يضمن ع (قوله انه يجعل الخ يعني يجعل الحفر
له بغير اذن الامام بمنزلة من حفر بئرا في [illegible] ذراع [illegible] ولم يمكن ذلك تحجيرا ولم يثبت له
[illegible] الحفر انما [illegible] بدون اذن الامام لان في الحفر اسم وان وجدت العلة
[illegible] الشرط وهو اذن الامام [illegible] فلم يعمل العلة عملها فلا يثبت الملك فيبقى تحجيرا
[illegible] لا يكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق ك

الا ان يقيم بينة على ذلك بلا خلاف فالنهر يمشى مايه وما هو على … قبل هذه المسألة مبنية على ان من حفر نهرا فى ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشى لتسييل الماء ولا يمكنه المشى عادة فى بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه فى البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه فى النهر لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن فى البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول قول صاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسألة مبتدأة فلهما ان الحريم فى يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن فى يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا فى مصراع باب ليس فى يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذى فى يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به فماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه والدافع من نفسه تعلق حق صاحب النهر لا ماله كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتحكم من نقضه وان كان ملكه (وفى الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة والآخر خلف المسناة ارض تلزقه) وليست المسناة فى يد احدهما فهو لصاحب الارض عند ابى حنيفة وقالا هى لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة فى يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا ان الخلاف

(قوله الا ان يقيم الخ قال فى شرح الطحاوى ولو ان نهر الرجل وارضا على شط النهر لرجل آخر … فى المسناة فان كان بين الارضين وبين النهر حائل كالحائط ونحوه كان المسناة لصاحب النهر بلا خلاف وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة هى لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق تسييل الماء … الارض اذا اراد هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك ولصاحب الارض ان يغرس فيها لان الملك … لصاحب النهر منعه من ذلك وقال صاحباه المسناة ملك لصاحب النهر وقال شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرح كتاب الشرب انما يظهر ثمرة الخلاف فى ان الغرس والزراعة لمن يكون فعلى قول ابى حنيفة لرب الارض وعلى قولهما لصاحب النهر (قوله وقالا له الخ ذكر فى كشف الغوامض ان الاختلاف فى نهر كبير لا يحتاج الى كريه فى كل حين اما الانهار الصغار التى يحتاج الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر فى النهاية وظاهر كلام المصنف يدافعه (قوله وعندهما يستحقه فيثبت له الحريم كالبئر ثم لم يذكر قدر الحريم على قولهما فى الاصل بل قال له من الحريم قدر ما لا يستغنى عنه النهر وكذلك لم يفسر فى الجامع الصغير ايضا وقال خواهر زاده فى مبسوطه قالوا لم يذكر فى النوادر فى تقدير الحريم خلاف بينهما فعلى قول محمد يمسح بطن النهر ثم يجعل من كل جانب نصف بطن ارض النهر … ابو يوسف من كل جانب مقدار بطن النهر وذكر ابو الليث الخلاف على عكس هذا (قوله لا يستغنى … قوام النهر بالحائطين وصاحب النهر لا يستمسك الماء الا بهما فكان هو المستعمل لهما فكان اولى من … لحاجته الخ اى صاحب نهر محتاج

موضع الملقى اما اذا كان لا يحتاج اليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه ... وكان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ... وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

فصل في المياه (واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم) اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة

(قوله موضع الملقى) وهو ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون مشغولا بحق ... كذا (قوله وهو من مواضع الخ) فعنده الاشجار لرب الارض وعندهما لرب النهر كذا (قوله ان ولاية الخ) فائدته لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرف النهر لصاحب الارض ولصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه ان ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك ان ولاية الغرس في موضع لمن يستحق ذلك الموضع (قوله ان لصاحب النهر الخ) ما لم يفحش لانهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور والقاء الطين ولا يغرس الا المالك لانه يبطل حقه زيلعي (قوله آخذ الخ) اي آخذ بالقولين جميعا آخذ بقول ابي حنيفة في ان الملك لصاحب الارض وآخذ بقولهما في ان لصاحب النهر القاء طينه على الجانبين ولصاحب الارض ان يغرس ما لا يمنع القاء الطين على الجانبين كذا ذكر الفقيه ابو الليث (قوله الشرب) في المغرب الشرب بالكسر النصيب من الماء وفي الشريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع والدواب قال الامام نجم الدين وبضم الشين فعل الشارب وهو المصدر من شرب يشرب وبفتحها المصدر ايضا ويكون جمع شارب ايضا كالصاحب والصحب سامع (قوله كالانتفاع الخ) لان هذا الماء ليس لاحد فيه حق على الخصوص فان ذلك الموضع غير داخل تحت قهر احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره (قوله يدفع قهر الخ) فلا يكون محرزا والملك بالاحراز واذا لم يكن مملوكا لاحد كان لكل احد ان ينتفع به زيلعي

لان الانسان لايمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم فان اراد رجل ان يسقى بذلك ارضا احياها كان لاهل النهران يمنعوه عنه اضربهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز فى الاوانى فانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما فى الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما رويناه حتى لو سرقه انسان فى موضع يعز وجوده وهو يساوى نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر فى ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء فى غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا مروى عن الطحاوى وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر فى ارض مملوكة له اما اذا احتفرها فى ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة فى الشفة ولو منعه من ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء فى البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز فى الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابته المخمصة وقيل فى البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها فى كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل فى قسمة الشرب وقيل له ان يمنعه اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدى الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقى

(سحرا)

(قوله لان الانسان الخ يعنى ان الانسان قد يحتاج الى الشفة فى الجهاد والحج والسفر والاسفار ولا يمكنه ان يحمل مع نفسه ما يحتاج اليه لنفسه ولدوابه كما يمكنه حمل الطعام مع نفسه فلو لم نثبت له حق الشفة من كل ماء يرد عليه انقطع الاسفار وتعطل الحج والجهاد وهذا لا وجه له عند ... (قوله لم تقطع يده الخ فان قلت فعلى هذا ينبغى ان لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد فى قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز الزائد على الاربع فكذا معنى الآية والله اعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده لا كل الاشياء وفيما نحن فيه اثبت الحديث الشركة للناس عاما فتدرج الشبهة (قوله يقال الخ لان له حق الشفة فى الماء الذى فى حوضه الحاجة لك (قوله ولو منعه الخ اى لو منعه صاحب النهر او العين او الحوض او البئر الذى فى ملكه من الدخول فيه وهو يخاف العطش يقاتل بالسلاح اذا لم يجد ماء آخر قريبا منه لان الماء فى النهر والعين لم يصر ملكا لمالكها لانه لم يوجد منه احراز فبقى مشتركا بين الناس فاذا منع غيره من الاستقاء منه منع حقه ومن منع حقا مستحقا لغيره كان لصاحب الحق ان يقاتل المانع لحقه بالسلاح ليصل الى حقه كما لو منع طعاما مشتركا بينه وبين غيره كان له ان يقاتل المانع بالسلاح والاصل فى ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه من قتل دون ماله فهو شهيد عن (قوله الاولى ان الخ فيه اشارة الى انه يجوز ان يقاتله بسلاح حيث الاولى ان لا يقاتله فيكون موافقا لما ذكره زيلعى

ثمر او مصراف داره فلا يجبراره له ذلك فى الاصح لان اناس يغرسون به ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقى ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنعه من ذلك لان المسيل دخل فى المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان فى ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه فى ذلك واعاره فلا بأس به لانه حقه فتجرى فيه الاباحة كالماء المحرز فى انائه

(فصـــل) فى كرى الانهار قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب وان لم يكن فى بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثانى فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبى خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الارض وفساد الطرق يجبر الآبى والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبى كما فى الاولين وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبى بما انفقوا فيه اذا كان بامر

قوله ذلك فى الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من ائمة بلخ انهم قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر (قوله انقطعت الخ اى بالقسمة انقطعت الشركة فى الشرب وانما بقيت فى حق الشفعة لا غير وهو باعتبار الماء للشرب لا للشفعة فليس له ذلك عن (قوله فلا يمكنه الخ اى لا يمكن غير صاحب النهر التسييل فى ذلك المسيل من (قوله فصل فى كرى الانهار لما ذكر مسائل الشرب شرع فى كرى الانهار لانه ربما يحتاج من له الشرب الى الكرى فشرع ببيان ان مؤنة الكرى على من يكون فى النهر فبين انواع النهر اولا ثم بين كريه على ما يجب واخر هذا الفصل لان وجوب الكرى امر زائد اذ يوجد النهر ولا يجب الكرى على المنتفعين به كما فى النهر العام عن (قوله ولم يدخل ماؤه الخ اى لا يقسم ماؤه لا يمكن ذلك كجيحون والفرات ونحوه فانه لا يمكن قسمة مائه بان يكون يوما لقوم ويوما لآخرين ك (قوله وهو خاص تكلموا فى النهر الخاص قال بعضهم ان كان النهر لعشرة فما دونها او عليه قرية واحدة يعنى ماء فيها فهو خاص يستحق به الشفعة وان كان النهر لما فوق العشرة فهو نهر عام وقال بعضهم ان كان النهر لما دون الاربعين فهو خاص وان كان لاربعين فهو نهر عام وقال بعضهم فوضوا الحد الفاصل فى المائة وبعضهم فى الالف واصح ما قيل فيه انه يفوض الى راى المجتهد حتى يختار

من الاقاويل اى قول شاء كذا فى فتاوى قاضيخان وقيل انه من الابعد الى فيه سفن وما يجرى فيه فهو عام وعن ابى يوسف الخاص ان يكون نهر البستق منه قراحات او قلة وما وراء ذلك فهو عام ك (قوله استحقاق الشفعة الخ فالخاص من الانهار ما لو بيعت ارض على هذا النهر كان لجميع اهل النهر حق الشفعة فيحتاج الى ان يذكر الحد الفاصل بين الشركة العامة والخاصة فى الشفعة عن

الخاص فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنع الكل
جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع
عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص
الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل
ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل
لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما
اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده
من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره
وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله
فاذا جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي
ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه
وليس على اهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

(فصـــــل) في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه (وتصح دعوى
الشرب بغير ارض استحسانا) لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد
يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى
(واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا
يجري النهر في ارضه ترك على حاله) لانه مستعمل له باجراء مائه فعند
الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة
ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه
ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب
في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيه
نظيره في الشرب (واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب
بينهم على قدر اراضيهم) لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره
بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة

(قوله بخلاف ما تقدم اي بخلاف الآبي في كرى النهر المملوك العام حيث يجبر الآبي على الكرى لان الضررين ما استويا بل ضرر الشركاء اكثر الضررين على ما بينا عن (قوله ولا يجبر الخ سوال در بخاير ممتنع است دو ضرر كه يكى ازان ضرر عام است وآن ضرر كسانيكه حق خوردن آب است پس بايد كه جبر كرده شود بر آنكه ابا كند از كندن نهر خاص جيز به جهت ضرر عام جواب جبر نيست بجهة حق خوردن آب چنانچه اگر همه با زمانند جيز نكنند حاكم بر آنها ترجمه (قوله كما اذا امتنعوا اي لو امتنعوا جميعا من الكرى لا يجبرون على الكرى لحق اصحاب الشفة من (قوله مؤنته الخ وضع المسئلة في النهر الخاص وبيان ذلك ما قال في التحفة ان النهر اذا كان بين عشرة لكل واحد منهم ارض فان الكرى من فوهة النهر الى ان يتجاوز شرب اولهم بينهم على عشرة اسهم على كل واحد منهم العشر فاذا تجاوز شرب الاول خرج هو من الكرى ويكون الكرى على الباقين تسعة اسهم فاذا جاوز شرب الثاني سقط عنه الحصة ويكون الكرى على الباقين على ثمانية اسهم وعلى هذا الترتيب وقالا المؤنة بينهم على عشرة اسهم من اول النهر الى آخره عن (قوله لاحتياجه الى تسييل الخ فانه اذا سد عليه فاض الماء على زرعه وافسد زرعه فتبين ان كل واحد ينتفع بالنهر من اوله الى آخره فلهذا يستوون في استحقاق الشفعة واذا استووا في الغنم وجب ان يستووا في الغرم ن (قوله ان المقصود من الكرى الخ يعني ان الكرى انما يجب لسقي الارض الا ترى انه اذا كانت الارض يمكن سقيها بدون الكرى لايجب الكرى والذي جاوز الكرى ارضه امكنه سقي ارضه ولم يبق له حاجة فلا يجب الكرى عليه بعد ذلك

على سطر واحد فمن كان الاعلى منهم لايشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك
لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر
الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم
في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لايسكر بما ينكبس
به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكرى منه
نهرا او ينصب عليه رحى الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر
وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لايضر بالنهر ولا بالماء يكون
موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق
غيره ومعنى الضرر بالنهر مابيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه
الذي كان يجرى عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولايتخذ عليه جسرا
ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص
يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك
او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث
يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ
زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر
ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا
اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه
لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل
كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل
باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة
فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد
احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق
فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان
كان لايضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في نهر

(قوله فان كان الاعلى الخ قال في الاجناس قال ابو عمرو الطبرى وهو تلميذ محمد بن شجاع اراد
محمد بهذا اذا كان نصيب صاحب اعلى النهر لايكفيه لجميع ارضه حتى يسكر النهر فيساق كل الماء
اليه ليس له ذلك الا ان يكون صاحب الارض الاعلى من بقعة لايصل الماء اليها الا ان يتخذ في النهر
سكر وارباب الارضين مقرون ان شربهما من هذا النهر فهذا لابد من ان يجعل فيه سكر حتى يرتفع
الماء اليها والسكر حبس
الماء من الجريان من (قوله
لايشرب الخ اى لايمكنه
ان يسقى ارضه بتمامها
الا بالسكر وهو من سكرت
النهر سكرا اذا سددته عيني
(قوله لان الحق لهم اى لان
المانع منهم وقد زال بتراضيهم
زيلعى (قوله ويكون
موضعها الخ صورته ان
يكون حافتا النهر وبطن
النهر ملكا له ولغيره حق
اجراء الماء فواضع الرحى
يتصرف في خالص ملكه
واذا لم يضر باجراء الماء
لايمنع من ذلك وان الضرر
يمنع كما بين شريكين
كاتبه احدهما من (قوله في
ارض صاحبها فان يكون بطن
النهر مملوكا له وللآخر حق
التسييل عينى (قوله ولا
ضرر الخ والمانع من الانتفاع
بالماء مع بقائه على حاله
متعنت قاصدا للاضرار
لغيره لا دافع الضرر عن
نفسه فلا يلتفت الى تعنته
زيلعى (قوله ان يتغير
عن سننه بان يكرى نهرا من هذا النهر ويخرج الماء حتى يصل الى الرحى المملوكة في ارضه
فيدير رحاه ثم يجرى من النهر الى اسفله ففيه ضرر بالشركاء بقطع الماء عن سننه فيتأخر
وصول حقهم اليهم من (قوله والدالية الخ الدالية جذع طويل تركيب تركيب مداق
الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية البعير يسنى عليه ان يستقى من البئر ك

الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب) لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه (وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لوارثه من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك يعني بهذه العقود حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض ك في مسألة بيعه وكيف يصنع الامام الاصح ان يضمه الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبه ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين (وا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء) اي ملأها (فسال من مائها في ارض رجل فغرقها

(قوله يستدل به الخ لانهم يتنازعون في الشرب فيقضى له بشرب الارضين جميعا اذا لم يعلم حقيقة الحال لان الشرب على مقدار الاراضي اذا لم يعلم حقيقة الحال عن (قوله وكذا اذا اراد الخ قال اخي زاده اذا ملأ الارض الاولى من الماء وسد فوهة النهر له ان يسقي الارض الاخرى من فضله لانه ح لم يستوف زيادة على حقه وان لم يسد فوهة النهر ليس له ذلك ك (قوله وهو نظير الخ كرته نظيرا هو انه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق ويزيد في الطريق المارة من ليس له حق المرور يعني اذا كان له داران متلازقتان وهو يسكن احدهما والاخرى تسكنها غيرها وظهر الدار التي هو يسكنها في طريق مشترك واراد ان يفتح بابا للدار الاخرى الى هذا ليس له ذلك ك (قوله ساكنها غير الخ بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد وله حق المرور ويتصرف في خالص ملكه وهو الجدار ك (قوله لانه اعارة الخ اي لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من النهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شاء ك (قوله باطلة لانه بيع الجنس بالجنس نسيئة لان ماء الغد لا يكون موجودا اليوم والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه بيع المعدوم بالمعدوم لان الماء معدوم في النهر في الحال ولانه مجهول القدر ولان معاوضة الشرب بمال معلوم لا يجوز فمجهول اولى ولان فيه غررا فانه مجهول لا يدرى ان الماء يجري في الوقت الذي في ام لا ح (قوله بالانتفاع الخ قيد الايصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازا من الايصاء ببيع الشرب فان ذلك باطل على ما ذكر في الكتاب ك

برت ارض جار من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعد فيه والله اعلم

(كتاب الاشربة)

سمى به وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها (قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهى عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا) اما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع احدها فى بيان مائيتها وهى النئ من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخل ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرنا ولهذا اشتهر استعماله فيه وفى غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهى فى غيرها ظنية وانما سمى خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافى كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رح والثانى اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثانى فى حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد ولابى حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر واحكام الشرع القطعية تناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يوخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف

قوله لانه غير متعد فيه وهذا الا ان كون الفعل علة للشئ انما يعرف بالاثر اللازم له والاثر اللازم لفعل السقى الماء فى ارضه واما صارت ارض جاره ذات نز بالشرب والاجتذاب وهو امر اتفاق فقد يكون وقد لا يكون فلا يضاف الى فعله الا انه لولا فعله لما حصل هذا الفساد فصار فعله فى حق هذا الاثر سببا محضا والمسبب لا يضمن الا اذا تعدى كحافر البئر وواضع الحجر وفعله فى ارضه مباح فلم يضمن قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معتادا تتحمل ارضه عادة اما اذا سقى سقيا لا تتحمل ارضه فيضمن لانه اجرى الماء الى ارض جاره تقديرا اه

(قوله كتاب الاشربة ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما فى الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين فى المعنى الاصلى والحروف الاصول ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها حرام كالخمر حن (قوله سمى بها اى سمى هذا الكتاب بالاشربة اى اضيف اليها والحال ان الاشربة جمع شراب وهو اسم فى اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما او حلالا وفى استعمال اهل الشرع اسم لما كان حراما فيه لما فيه الع نت (قوله واشتد المراد بالاشتداد الصلاحية للاسكار (قوله الخمر من هاتين الع قلت اخرجه الجماعة الا البخارى عن يزيد بن عبد الرحمن عن ابي هريرة قال قال صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة انتهى وفى لفظ لمسلم الكرمة والنخلة

(قوله اسم خاص الع اقول لمانع ان يمنع اطباق اهل اللغة على انه اسم خاص للنئ من ماء العنب اذا صار مسكرا الا ترى انه قال فى قاموس اللغة الخمر ما اسكر من عصير العنب او عام وقيل والعموم اصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى نت (قوله لتخمره اى لشدته وقوة نبست لقهرها حتى سميت ام الخبائث اه

عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لانه
يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب
فانه سماه رجسا والرجس ماهو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة
ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى
كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه
بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى
سائر المسكرات والشافعي ره يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة
المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع
انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية
على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي
والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها
ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها
وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا
في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له
على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه
لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا
فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن
الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع
حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب
الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر
منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان
عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد
مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره
ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع
من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه يحد فيه ما لم يسكر

(قوله وقد جاءت السنة الخ معناه جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر احاديث كلها تدل على
حرمة الخمر وكل واحد منها وان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك بينها متواتر كشجاعة علي رضي الله عنه وجود
حاتم ويسمى هذا تواتر المعنى ع (قوله وهذا اي دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر بخلاف غيره
من الاشربة ففيها من الغلظة ما لا يدعو قليلها الى كثيرها فقد قيل ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء
تزيد على اللذة التي في الانتهاء الا الخمر ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا اصاب
شيئا واذا كان قليلها داعيا
الى الكثير كان محرما
كالكثير كذا (قوله بخلاف
سائر المطعومات) قال بخلاف
سائر المشروبات لكان اولى
لانه يريد الفرق بين الخمر
وسائر المسكرات لا بينها
وبين سائر المطعومات
لانه ساق كلامه في جواب
الشافعي وقد عدى
الشافعي حكم الخمر الى
سائر المسكرات لا الى سائر
المطعومات ص (قوله
لانه خلاف الخ الحق
عندي ان تعليلها بالاسكار
ينافي حرمة عينها لان قليلها
ليس بمسكر فيلزم ان لا يكون
حراما لكن الشافعي لم
يقل بتعليلها بالاسكار واما
تعليلها بما هو غير منفك
من عينها بل هو لازم ايضا
كالمخامرة ونحوها فالظاهر
انه لا ينافي حرمة عينها ص
(قوله وتعليل لتعدية
الاسم فانه يثبت اسم
الخمر لسائر الاشربة
بمعنى المخامرة ثم يثبت حكم الخمر في سائر الاشربة فهذا تعليل لتعدية الاسم والتعليل (ملا)
لتعدية الاحكام لا الاسماء لان وضع اللغة ليس بقياس وانه توقيفي ك (قوله والاصح انه مال ودليله ان
المال ما يميل اليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع والخمر بهذه المثابة فيكون مال ولكنها ليست
بمتقومة لما قلنا ع

(قوله على ما قالوا) قال شيخ الاسلام خواهرزاده لم يذكر محمد رح انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النيء من ماء العنب وهذا ليس بنيء ع (قوله ويسمى الباذق) قال في القاموس الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب ادنى طبخه فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ ادنى طبخة فصار شديدا نت (قوله والمنصف) مرفوع لا غير معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ ادنى طبخة والمعنى ان العصير المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه على قسمين احدهما المطبوخ ادنى طبخة وهو المسمى بالباذق والآخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا والطلاء عام للباذق والمنصف نت (قوله حرام عندنا) عن داود بن ابي هند قال قلت لسعيد بن المسيب الطلاء الذي احله عمر للناس ما هو قال هو الذي ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وكتب الى الانصار وكان ذلك بحضرة من الصحابة من غير نكير فدل ذلك على ان حد الاباحة ذهاب ثلثيه فما دون ذلك على التحريم ع (قوله اي الرطب) قال جمهور الشراح انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح على ما سيجيء انتهى اقول فيه نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ ادنى طبخه كما صرح به في المعتبرات وسيجيء في الكتاب والذي ذكر ههنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما افصح عنه بقوله وهو النيء الخ ولا شك انه ليس بحلال عندهما اصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب نت (قوله على ما عرف) اي ان المسلم ممنوع التصرف في المحرم فلا يكون مأمورا باعطاء المثل ك

على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره من بعد ان شاء الله والثاني هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبدالله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على ابتداء الاسلام اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال (في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة

فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وإن سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله أنه حرام ويحد شاربه إذا سكر منه ويقع طلاقه إذا سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة وقال (فيه أيضا وكان أبو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإني أكرهه ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله) وقوله الأول مثل قول محمد أن كل مسكر حرام إلا أنه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرنا فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا وقال (في المختصر ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو ولا طرب) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره إن شاء الله تعالى قال (ولا بأس بالخليطين) لما روي عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لأن المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف

(إذا كان)

(قوله ومن ذهب عقله بالبنج قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه أكل قليل البنج مغصوبا ... للتداوي وما زاد على ذلك لا يحل وذهاب العقل حرام عن (قوله ولبن الرماك قدمت ... مصر من لبن الرماك ينبغي أن يكون حراما لأنهم يأخذون اللبن الخالص من الرمكة ويتركون ... جدا ويخلطون به ما يسكر ويشربونه للهو والطرب ويسكرون منه كما يسكر أحدهم من غيره من المسكرات ... يضيفون إليه أشياء أخر ويسكرون منه كالخمر عينا (قوله ثم رجع إلى قول أبي حنيفة يعني قال مثل ما قال أبو حنيفة رح في نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إلى السكر منه (قوله إلا أنه تفرد الخ فالحاصل أن أبا يوسف كان يقول أولا مثل قول محمد أن كل مسكر حرام لكنه زاد شرطا أن لا يفسد بعدما يبلغ عشرة أيام فهاتان مسئلتان إحداهما أن كل مسكر حرام عند محمد وأبي يوسف أولا ثم رجع إلى قول أبي حنيفة والثانية أن الأشربة غير السكر ونقيع الزبيب إذا غلا واشتد حرام عندهما وعند أبي يوسف كذلك ولكن بشرط أن يبقى بعد عشرة أيام ولا يفسد أي لا يحمض ثم رجع إلى قولهما كفى (قوله ولا بأس بالخليطين وهو عبارة عن نقيع التمر ونقيع الزبيب يخلطان فيطبخ بعد ذلك أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلي ويشتد عن (قوله فقال ابن عمر الخ وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يشربه ما كان حراما وهذا يفيد أن المتخذ من العجوة والزبيب حلال وإن اشتد وصار مسكرا لأن الذي سقاه كان مسكرا ألا ترى إلى قوله ما كدت أهتدي إلى أهلي

قوله (والمراد بيان الحكم) وهو حرمة ما يتخذ من ثمرها فيكون ما وراءهما مباحا بالنصوص العامة
وقوله (يشترط الطبخ فيه) اى فى كل واحد من هذه الاشربة المتخذة من العسل والتين والحنطة
والشعير لان الاشربة المتخذة من هذه الاشياء بمنزلة نقيع التمر والزبيب والطبخ شرط
فيه للاباحة فكذا فيما هو مثله (قوله لان قليله الخ) قيل هذا التعليل منظور فيه فان نبيذ التمر والزبيب
مما يشترط فيه الطبخ للاباحة

ذا كان من غير لهو ولا طرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين
وأشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل
يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الكتاب لان
قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد فى المتخذ من الحبوب اذا سكر
منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روى
عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق
يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك
المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك
لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل
لان كراهة لحمه لما فى اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى
الى لبنه قال (وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه حلال
وان اشتد) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي
حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوى اما اذا قصد به التلهي
لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه
توقف فيه لهم فى اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله
عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر
الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما
قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى
بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم
فى غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام
عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى
حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو فى نفسه غذاء فبقى على الاباحة
والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير
اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ
حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا

بالاتفاق مع ان قليل ذلك ايضا لا يدعوا الى كثيره كيف ما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما مر فالظاهر فى التعليل ما فى عامة النسخ وهو ان هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو اصل للخمر شرعا فان اصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط ادنى طبخة فى نقيع الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة فى هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب ثم (قوله وقد ذكرنا الوجه) اشارة الى ما ذكر ان السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وهذا لان النص ورد بالحد فى الخمر وهذا ليس فى معناه فلو وجب الحد فيه لكان بطريق القياس وذا لا يجوز (قوله ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الخ) هذه رواية غريبة ولكن معناها فى حديث عائشة ما اسكر الفرق فملء الكف منه حرام اخرجه ابو داود والترمذي
(قوله اذ العطف الخ) اى هذا العطف للمغايرة بين الخمر وغيرها فى حرمة العين والاولى بحسن الاداء ان يقال حرمت المسكرات لعينها والسكر منها اهـ

بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لابد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو للحد في درأه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعدما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من

(الخمر)

(قوله فلا يكون الخ يعني تارة يذهب الماء للطافته اولا وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء وهناك يجوز شربه لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافة قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا على ما مر وهو الباذق ك (قوله ولو طبخ العنب الخ هذه المسائل كلها ذكرت تفريعا على مسئلة المختصر من قوله ولو طبخ العنب كما هو عن (قوله فصار كما بعد العصر يعني اذا طبخ ماء العنب بعد عصر العنب لا يحل ما لم يذهب ثلثاه فكذا اذا طبخ العنب اولا ثم عصر ماؤه لا يحل بالطبخ بعد ذلك الا اذا ذهب ثلثاه عن (قوله او بين التمر والزبيب قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد انتهى ولعل لهذا غير صاحب الكافي عبارة فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل ان يقع لفظ التمر في قول المصنف او بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المصنف او من الناسخ الاول الا انه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ووجه صدر الشريعة هذه العبارة بان هذا على ما روى هشام في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ نت

الخمر على وجه الشمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذى به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدبغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا فى الثانى فيختاره من ابتلى به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذى نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ما قالوا (ويكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرح او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما فى الكلب والميتة ولو القى الدردى فى الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا (ولا يحد شاربه) اى شارب الدردى (ان لم يسكر) وقال الشافعى يحد لانه شرب جزء من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها فى الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر فى مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ (ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر) لقيام اجزاء الخمر فيه

(فصل) فى طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثى ما بقى ليحل الثلث الباقى بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ

(قوله نعم الخ) روى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سأل اهله الادام فقالوا ما عندنا الا خل فدعا به فجعل يأكل به ويقول نعم الادام الخل رواه احمد ومسلم والحديث عام يتناول كل ما يطلق عليه اسم الخل عن (قوله وكذا الصالح اما قوله عليه السلام لا تقتنوا الخمر فلا دلالة فيه لا تستعملوا الخمر استعمال الخل اى لا تجعلوه على الموائد كما يوضع الخل كف (قوله فاشبه الاراقة اى يجوز اراقة الخمر بالاجماع وفى اراقتها اقترابا لا محالة فعلم ان ما قاله الخصم فاذا كانت الاراقة جائزة لانها اعدام المفسد فالتخليل اولى لانه اعدام المفسد وصيانة المعين عن التلف عن (قوله فيختاره اى فيختار التخليل على الاراقة ك (قوله والامتشاط به وانما خص الامتشاط لان له تأثيرا فى تحسين الشعر عن (قوله او دبرة الخ الدبرة واحد الدبر والدبر واحد ادبار الابل وهو عقر الرحل ديوان (قوله ولا ان يسقى صبيا لان فيه اقترابا بالخمر وهو مأمور بالاجتناب عنه عينى (قوله كما فى الكلب والميتة فلا تحمل الميتة الى الكلب ولو قيد الكلب الى الميتة يجوز ك (قوله لما قلنا اشارة الى قوله كما فى الكلب والميتة ك (قوله كما اذا غلب عليه الماء الخ حيث لا يحد اذا كان الماء هو الغالب عينى (قوله لقيام اجزاء الخمر والعجين النجس لا يطهر بالتجفيف فلا يحل اكله ك (قوله فصل فى طبخ العصير لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يذكر كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثه ثم اعلم ان ما فى هذا الفصل ليس مذكورا فى الجامع الصغير ومختصر القدورى وقد ذكر تفريعا على ما ذكر قبل هذا وانما هو مذكور فى المبسوط عن (قوله ان ما ذهب الخ اى ما خرج من القدر من شدة الغليان وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ك

الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان فيجعل كأن العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه وعلى هذا عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما خرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم

﴿ كتاب الصيد ﴾

(قوله واياما كان الخ) اقول فيه شيء وهو ان جعل العصير تسعة دوارق على تقدير ان الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون ح فرق بين الذاهب زبدا من عشرة ... وبين الباقي منها في كونهما عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا في حكم ... بلا امر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها ايضا في حكم المعدوم ... بالطبخ والاظهر في تعليل هذا ان يقال ان الذي يذهب بالزبد يجعل كأن لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ثم (قوله ان كان الماء اسرع) قال في النهاية كان محمد علم ان العصير على نوعين منه ما لو صب الماء فيه وطبخ يذهب الماء اولا ومنه ما اذا صب فيه يذهبان فيه معا ففصل الجواب فيه تفصيلا ع (قوله ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الماء اسرع ذهابا الخ (قوله وفي الوجه الثاني اي فيما اذا كان يذهب الماء والعصير معا يطبخ حتى الخ ص (قوله لما قلنا من انه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فصار كما لو صب الماء في العصير بعد ما طبخه حتى يذهب ثلثاه سواء ك (قوله ولو قطع الخ مثاله لو طبخ الرجل عصيرا حتى يذهب ثلاثة اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من بعد ما قطع عنه اثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما لو برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب في الغليان منه شيء فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما ع

(قوله الصيد) مصدر ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو اخذ الصيد كالاحتطاب هو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش من الآدمي باصل الخلقة مأكولا كان او غير مأكول ع (قوله فيحرم محرما مد التحريم اي غاية وانتهى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا ذكره ابن (قوله بما هو مخلوق لذلك لان ما سوى الآدمي خلق لمصالح الآدمي مبني (قوله وفيه استبقاء المكلف لانه لو لم يستعمله لهلك

ولا يتمكن من اقامة التكاليف عيني (قوله وتمكينه من اقامة التكاليف كان ينبغي ان يكون واجبا كوجوب التكاليف لكن كونه غير متعين اوجب الاباحة بخلاف الخروج من الصلوة فانه متعين لانه وسيلة لاقامة فرض آخر فكان واجبا ك فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جماد والفاضل مقدم على المفضول ع (قوله وسائر الجوارح المعلمة كالشاهين والباشق والعقاب والصقر زيلعي (قوله وفي الجامع الصغير الخ انما اورد رواية الجامع الصغير لان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا ع (قوله فلا باس بصيده انما ذكر بلفظة لا باس لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح للنص منه البعض كالذئب والخنزير وغير ذلك والنص اذا خص منه

بعض يكون الباقي فيه دون غيره واحد فيكون كثيرا يمكن فيه الشبهة فلذلك قال لا باس به واعلم ان التناول بالاصطياد مخصوص بشرطه ان يكون الصائد من اهل الذكاة وذا ان يعقل الذبح والتسمية حتى لو كان صبيا او مجنونا اذا لم يعقلا الذبح والتسمية وان يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقادا كالمسلم او دعوى لا اعتقادا كالكتابي كما في الذبائح وان يكون ما يصطاده معلما وان يكون جارحا ك

يعني الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يذكر فيه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال (يجوز الاصطياد بكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته) والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل المكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال (وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته) وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة

(قوله لان الثلث الخ وفي المبسوط مقدرنا ذلك بالثلث لانه حسن للاختبار والاصل مدة قصة موسى
عليه السلام مع معلمه حيث قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذا الشرع قدر مدة الخيار ثلثة ...
للاختبار وقال عليه السلام اذا استاذن احدكم ثلثا فلم يوذن فليرجع وقال عمر اذا لم يربح احد ...
في التجارات ثلث مرات فليتحول الى غيرها ك (قوله كما هو اصله اى اصل ابيحنيفه رح في جنس ...
جنس المقادير نحو حد الغريم وحد التقادم وتقدير مدة ﴿ ٤٠٠ ﴾ في نزح ماء البئر ...

(قوله يحل ما اصطاده يعني اذا اخذ صيدا فلم يأكل ثم اخذ ثانيا فلم يأكل ثم اخذ ثالثا فلم يأكل يحل الثالث عند ابيحنيفة رح عيني (قوله وصار الخ اى صار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى بعلم المولى وهو ساكت فانه يصير ماذونا له في التجارة ولا يلزم ذلك البيع حتى كان للمولى ان ينقضه ان شاء زيلعي (قوله وله انه الخ يعني ان العلم يثبت بالمرة الثالثة فيكون الصيد الثالث صيد كلب معلم فيوكل بخلاف مسئلة الماذون فان الاذن اعلام للعبد ولا يحصل له علم الا بعد المباشرة وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور فلا ينفذ عيني (قوله وذلك اى علم العبد لا يكون الا بعد المباشرة وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور فلا ينفذ عيني (قوله لا يحصل الخ ولهذا لو انقلب الصيد او الشاة على السكين واصاب مذبحها لا يحل لان الاستعمال لم يوجد عن (قوله على ما بيناه وحرمه اى ...
التسمية في الذبائح ناسيا وبينا ايضا حرمة متروك التسمية عامدا عن (قوله في ظاهر الرواية
يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يحل وانه ...
في الاصل انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية ع

آية تعليمه واما الكلب فهو الوقف بمناد الانتهاب فكان آية تعليمه ...
ما الوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما
وهو رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه ...
او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلاث
مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض
قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل
والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر
في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر
بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض
الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده
يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام
الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل
وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعلمه عند
فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا
يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال (واذا ارسل كلبه المعلم
او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات
حل اكله) لما روينا من حديث عدي ولان الكلب او البازي آلة
والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال
فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو
تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا
في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرار
وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه
بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط
الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح
الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن
ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ...

قوله دليله ما بيناه يعني ان الفعل شرط فيما يصاد به من الجوارح لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح والتعليم في الكلب بترك الأكل وفي البازي بالاجابة وقد مر بيانه فاتم الرجوع اليه (قوله وهو مؤيد الخ) الضمير راجع الى قوله في الفرق او الى كل ما ... كل ما اكل منه الكلب والفهد لم يؤكل ولاشك انه مؤيد بحديث عدي فانه صلى الله عليه وسلم قال ... كل ما ... ما اكل كما تقدم وكان الاولى على المصنف ان يذكر هذا الكلام عقيب قوله فان اكل منه ... لم يؤكل اكل ... الامر ... المقصود ولا يمكن ارجاع الضمير الى الفرق

(وان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه (ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناه في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده) لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له (ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد

منه لا يستفاد من حديث عدي اصلا كما لا يخفى على من تتبع عبارته ولذا ... الحليمي ... والله اعلم (قوله كما بيناه في الابتداء) اراد به ... وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات الى ان قال وعند ... رواية عن ابي حنيفة الى ان قال وعلى الرواية الاولى يحل ما اصطاده في ثالث مرة ... (قوله لانعدام المحلية) لان المحل ... ولا ... قد ... ثم وقد ... الحل بالاكل (قوله بخلاف غير المحرز) ... بقدرته عن صيوده فلا شك ان على قولهما لا ينقض ... اما على قول ابي حنيفة ... ان ينقض ... اذا صادق ... على كون الكلب جاهلا والحاصل ان على قولهما يحكم بجهله مقصورا على وقت الاكل وعند ابي حنيفة مستندا (قوله وتبدل الاجتهاد الخ) حقيقته ان حكم الاباحة في المحرز انما ثبت عند الاكل لانه ... على كون الكلب معلما وذلك ثابت ... على ما

... كان ... لا ... يعتبر عند ... وذلك ... الاكل فلم تكن الا ... ثابتة قبله ... لا اجتهاد لا يؤدي الى ابطال حكم مضى بالاجتهاد باجتهاد مثله بل يؤدي الى ... اجتهاد آخر القاضي قبل القضاء (قوله ثم صاد) اي ثم صاد اي صاحبه فصيد ... لا يؤكل ... وما صاده قبل الرجوع الى صاحبه فلا شبهة في انه لا يؤكل لعدم الارسال ...

(قوله لانه صيد كلب الخ لانه لما اكل القطعة التى تمكن منها علم انه غير معلم وان صيده لنفسه لا لا...
صاحبه وانما ترك الاكل مما بقى لانه يشبع بتناول تلك القطعة كفايه (قوله ولو القى ما نهسه قال فى الجمهرة ...
اخذ الشئ من مقدم فيك وهو من فعل بفتح العين فى الماضى والمضارع جميعا عنايه (قوله وبعدما اكل ...
اخذ صاحبه يدل على الوجه الثانى وهو انه نهس البضعة حيلة فى الاصطياد ليضعف الصيد فكان من غاية ...
فلم يدل على جهله فيؤكل اصيد م (قوله وكذا البازى الخ يعنى اذا ارسل البازى ...
الصيد فجرحه او رماه بسهم
ثم ادركه حيا ولم يذكه حتى
مات لا يؤكل م (قوله هذا
اذا تمكن اى الذى قلنا
من عدم الاكل فيما اذا ادركه
ولم يذكه فمات انما هو فيما
اذا تمكن من ذبحه ولم يذبحه ع
(قوله ولم يتمكن من ذبحه
اما لفقد آلة او لضيق الوقت
وفقد الآلة ان لا يجد الآلة
اصلا وضيق الوقت ان
تكون الآلة موجودة الا انه
لا يبقى من الوقت ما يتمكن
فيه من الاشتغال بتحصيل
الآلة والاستعداد للذبح ك
(قوله لانه ثبت يده على
الخ يعنى ان حكم القدرة
على الاصل يدار على الوقوع
فى يده حيا لتعذر الوقوف
على حقيقة القدرة والعجز
لتفاوت احوال الناس فى
الهداية فى امر الذبح
وعدمها ولهذا قلنا ان الجمل
اذا سقط وضاق الوقت عن
الذبح فى المذبح فجرحه
فى غير المذبح حتى مات
لا يحل لوجود ما يقوم مقام
القدرة على ذكاة الاختيار
وهو حصوله فى يده حيا ك
(قوله بخلاف ما اذا بقى الخ وذكر الصدر الشهيد ان هذا بالاجماع وقيل هذا قولهما (وعند
وعند ابى حنيفة لا يحل الا اذا ذكاه بناء على ان الحيوة الخفية معتبرة كما يجئ ه زيلعى (قوله ثم يؤكل ...
التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه كفايه (قوله لم يؤكل عندنا وقال الحسن بن ...
ومحمد بن مقاتل يحل استحسانا وهو قول الشافعى لانه لم يقدر على الاصل لضيق الوقت ...
ذكاة الاضطرار موجبة للحل وبالاستحسان اخذ القاضى فخر الدين قاضيخان كفايه

فقتله وتم يأكل منه لم يأكل) لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من صيد...
(ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك
البضعة فاكلها يؤكل الصيد) لانه لو اكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لم
يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول
لانه اكل فى حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد
يكون لياكلها وقد يكون حيلة فى الاصطياد ليضعف بقطع القطعة ...
فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه ...
فلا يدل على جهله قال (وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه
وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازى والسهم) لانه قدر
على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم
تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع
فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون فى المذبوح
يؤكل فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة وابى يوسف انه يحل وهو قول
الشافعى لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر
على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح
وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مهلة
والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى امر
الذبح فادير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما اذا بقى فيه من الحيوة مثل
ما يبقى فى المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع فى الماء وهو بهذه
الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل
بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان
لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى لانه اذا وقع
فى يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم
بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه حل لان
ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت

ومن هذ قولهما اما عند ابي حنيفة فلا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا اذا ذكره واذا ادرك الملكية فلم يذكه حل اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه (ولو ادركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل) لانه صار في حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه اكل) لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان ادركه فذكاه حل له) لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح (واذا ارسل كلبه المعلم على صيد واخذ غيره حل) وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال يختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل) لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ

قوله ردا الى المتردية اي قياسا عليه واعتبارا به والمتردية التي تقع في البئر او تسقط من الجبل ونحوه لعدم تنوع الزكاة الاضطرارية والاختيارية وذلك في المتردية ظاهر وكذلك فيما نحن فيه لانه لما وقع في يده حيا بطل ذكاة الاضطراري ولم يوجد الذكاة الاختياري فصار نظير المتردية فلا يؤكل ك (قوله فلو ادركه ذكاه الخ هذا ليس لبيان الخلاف بل لبيان الاجماع لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة زكاة الذبح وقد وجد وعندهما حل بلا ذبح ك (قوله من غير فصل اي بين ان يكون للمذبوح حياة خفية او بينة ك (قوله على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما ع (قوله ولو ادركه الخ يريد ان المسائل المتقدمة كانت فيما اخذه الصائد وههنا ادركه ولم يأخذه ع (قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية اي قياسا عليها ع (قوله لان مقصوده الخ والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الخ (قوله فسقط اعتباره لانه لا يدخل تحت القدرة فسقط اعتباره كما قلنا في البازي انه سقط اعتبار ترك الاكل لاستحالة تعليمه ولانه لو جاز ان يكون مقصوده المعين لا ان يقول لو كان مقصوده المعين كان باعتبار انه صيد لا باعتبار انه هو ك ٢٦ ● (قوله على ما بيناه اي في اوائل كتاب الصيد حيث قال وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي ك (قوله فكمن الخ كمن كمونا توارى واستخفى ومنه كمين واما كمن في معنى كمن فغير مسموع الا في السير مغرب (قوله فلا يقطع الارسال اي فوره وكيف لا وهذا منه يتحقق بذلك من الخصال الحميدة زيلعي (قوله اذا اعتاد الخ اي صح كما يصنع الفهد اذا ارسل كمن او لا ببيع بصيد حتى يستمكن غاية البيان ع

الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا لأن الإرسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الأول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لانقطاع الإرسال بمكثه إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما كان استراحة بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل) وهذا إذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وإنما مكث ساعة للتمكين لما بيناه في الكلب (ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله إنسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك في الإرسال ولا تثبت الإباحة بدونه قال (وإن خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة أنه إذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سببا لإنهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق قال (وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه) يريد به عمدا (لم يؤكل) لما روينا في حديث عدي ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا (ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول يكره أكله) لوجود المشاركة في الأخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما إذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعل الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يرده الكلب الثاني على الأول ولكنه اشتد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله) لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حتى ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع بخلاف ما إذا كان رده عليه لأنه لم يصر تبعا فيضاف إليه

(قوله بخلاف ما تقدم) وهو قوله فكمن حتى يتمكن ك (قوله ولو أرسل الفهد) [illegible] تقريبا أيضا [illegible] لو أن [illegible] من صاحبه ع (قوله فوقع على شيء) [illegible] أنه يقع على شيء وينظر إلى صيده الغائب من الجانب الذي يتمكن من أخذه [illegible] فلا ينقطع فور الإرسال ك (قوله وإنما مكث ساعة للتمكين) حتى لا ينقطع فور الإرسال حتى إذا مكث [illegible] حتى انقطع فور الإرسال فإنه لا يؤكل كذا في الكفاية ع (قوله لوقوع الشك في الإرسال) والإرسال شرط الإباحة [illegible] فإذا لم يعلم أنه كان مرسلا أو لم يكن لا يثبت الإباحة فلا يؤكل لأنه ميتة [illegible] كذا في غاية البيان ولئن علم أنه مرسل فلا يؤكل إلا بإذن صاحبه كذا قال الزيلعي (قوله على ما ذكرنا) أي عند قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ع (قوله يريد به) أي يريد بعدم ذكر اسم الله عليه عدم ذكره عمدا لأنه إذا تركه ناسيا أكل ع (قوله نصا) كأنه يشير إلى حديث ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحديث وصحته موقوف على ابن مسعود ت (قوله أو احتياطا) لأن الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك ك (قوله ولو رده) أي لو رد الكلب الثاني الصيد على الكلب الأول يعني إذا كان الصيد يفر من الكلب الأول فاستقبله كلب آخر غير معلم فرده حتى أخذه الكلب الأول يكره أكله قيل كراهة تنزيه وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني ك (قوله لوجود المشاركة) [illegible] الحرمة بعدم المشاركة في الأخذ والجرح ك (قوله لوجود المجانسة) يعني أن المجانسة شرط [illegible] إلى الآخر إذا المجانسة حتى [illegible]

(قوله فلا بأس بصيده) اي حل اكله لعدم اعتبار الزجر بعد الارسال لكون الزجر دون الارسال ويوقص
... او كلب حلال ... يجب عليه الجزاء واصيب بالجزاء في الحرم ...
... فلا دلالة موجب بالزجر ... الاولى ع (قوله كما في نسخ الآي فان نسخ
... يكون بالمحكم ولا يكون نسخ المحكم بالمحتمل ك (قوله ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة) يعني اذا ارسل المسلم
... مجوسي لم تثبت شبهة الحرمة ﴿ ٤٠٥ ﴾ فالاولى ان لا تثبت الحل به اذا زجره المسلم بعد ارسال

... كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل) لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي (وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانفلات لانه ادنى منه من حيث انه بناء عليه وفوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا (ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل) لما قلنا (والملك للاول) لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد فيعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

(فصل) في الرمي (ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب) اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لغلظ تحريمه الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم

المجوسي لان الحرمة احرج ثبوتا لان بناءها على الاحتياط فلما لم يؤثر فيما هو احرج ثبوتا فلان لا يؤثر فيما هو اسقط ثبوتا وهو الحل اولى ك (قوله مثل الانفلات من حيث ان كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال والقياس ان لا يحل بزجر المسلم لان زجره ليس بارسال وبدون الارسال لا يحل لانه شرط ووجه الاستحسان انه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال ك (قوله تصلح ناسخا بخلاف الفصل الاول لان الزجر لا يساوي الارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد منهما فعل المكلف والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه فلا يرتفع زيلعي (قوله فاصاب صيدا اي غير الذي سمع صوته لان النكرة اذا اعيدت نكرة كان الثاني غير الاول ك (قوله ثم تبين ان المسموع

حسه حس صيد ... كان ... في السبع او الجرح ... غير المأكول او سمكة او صيد ... يؤكل المصاب في رواية ويؤكل في اخرى ك (قوله انه حس صيد الخ اما اذا لم يعلم ... حس صيدا وغيره لم يؤكل ما اصابه لان الحظر والاباحة تعارضا فكان الحكم للحظر (قوله اي صيد ... اي المسموع حسه اي صيد كان يؤكل لحمه او لا ك (قوله وعن ابي يوسف الخ فان ابا يوسف ان المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لا يحل اكل صيد المصاب ع

(قوله أهلي أي لو أرسل كلبه على طير أهلي فأصاب صيدا لم يؤكل لأن المرمي إليه لا يجوز صيده فصار كشاة ع (قوله والظبي الخ أي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت ع (قوله ند البعير تداوله وإذا ذهب على وجه شاردا كذا في الجمهرة ع (قوله لأنه لا ذكاة فيهما [illegible] ما تبين حسه من المقصود من شرطه أن يكون حل أكله مشروطا بالتسمية من لو سمع حسا ظنه صيدا ورمى فأصاب ظبيا ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لا يؤكل الصيد ع

بقبله وإذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره (وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب لأن الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته) لما بينا (ولو رمى إلى طائر فأصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد) لأن الظاهر فيه التوحش (ولو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدري ناد هو أم لا لا يحل الصيد لأن الأصل فيه الاستئناس ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل) في رواية وعن أبي يوسف لأنه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما (ولو رمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل) لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه (وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات) لأنه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال (وإذا أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الأول فلا نعيده قال (وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) لما روي عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الأرض قتلته ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما يمكن أن يحل [illegible] لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل وإذا بات ليلة لم يحل (ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجوارح في إرسال الكلب في هذا كالجوارح في الرمي في جميع ما ذكرناه قال (و

(قوله يحل على قياس ما الفرق بين هذه المسألة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فأصاب ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل الصيد مع أنه لم يقصد به رمي الآدمي وفي هذه المسألة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب أجيب بأن الفرق ما أشار إليه المصنف بقوله لأنه لا معتبر الخ وبيانه أن في المسألة الأولى أصاب سهمه غير المسموع حسه وكان قصده إلى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها إلى غير الصيد نظرا إلى فعله الذي توجه إلى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد وأما ههنا فسهمه أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد وإن ظن أن وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل أكل المصاب بوجود فعل الاصطياد ع (قوله على ما بيناه أي في فصل الجوارح عند قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ع (قوله لما روي ابن الخ روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي رزين عن النبي صلى الله عليه وسلم في الصيد يتوارى عن صاحبه قال لعل هوام الأرض قتلته ع

قوله ثم يؤكل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا في الحال اما اذا وقع الجرح مهلكا في الحال والحيوة التي بقيت فيه بعد مثل الحيوة في المذبوح بعد الذبح فوقع في الماء او على السطح او على الجبل ثم تردى على الارض يؤكل على ما قال في هذا الفصل ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل لا يحرم واستغنى بقوله ثم تردى منه الى الارض لانه اذا وقع على الجبل ابتداء او على السطح واستقر فيه ولم يتردد يؤكل ﴿ ٢٥٧ ﴾ ك (قوله فتردى الخ قال الكرخي المتردية التي لا تؤكل ان تقع من شيء من السماء او من موضع فوقه ثم وقع من ذلك الموضع الى موضع آخر فهذا لا يؤكل وهو المتردد وقال القدوري وهذا صحيح لان المتردي هو المتردد وذلك لانه لما اجتمع الحرفان قلبوا احدهما ياء كقولهم تقضى البازي والاصل تقضض والمتردد هو ان يقع على شيء ثم على شيء ع (قوله وذكر في المنتقى الخ يريد بيان ما وقع الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله او صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى ع (قوله لاحتمال الخ فان حصول الموت بالانشقاق ظاهر وبالرمي موهوم متردد فالظاهر اولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف ما اذا لم ينشق لان موته بالرمي هو الظاهر ع (قوله وهذا اي ما حمله شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض اكل وقد ذكر انه في معناه صاب (قوله المعراض الخ المعراض السهم بلا ريش يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده كذا في المغرب كفاية (قوله ما اصاب الخ روى في صحيح البخاري باسناده مسندا الى الشعبي قال عدي بن حاتم سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المعراض فقال اذا اصاب بحده فكل واذا اصاب بعرضه فلا تأكل فانه وقيذ ع

(وان رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المتردية وهي حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك (وان وقع على الارض ابتداء اكل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فيما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لا تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء (وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال (ولا يؤكل ما اصابته البندقة

(قوله فصار كالمعراض اذا لم يخرق اى المعراض اذا لم يخرق لا يؤكل هكذا ...
اى بثقله ك (قوله ... وة حجر ابيض رقيق كالسكين ... ع (قوله ...
يؤتى بها اهل الاسلام اذا كان المستثنى ... نادرا وكان ...
فى اثبات ... وجوده ... من النادرة ... ك (قوله ...
من السيف ... حيث ... عليه ... ٥٨ ... ع (قوله ...

(فمات به) لانه تدق وتكسر ولا يجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق (وكذا ان رماه بحجر وكذا ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل فى هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال (واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد ولا يؤكل العضو) وقال الشافعى اكلا ان مات الصيد منه لانه ... الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار ...

اى فى شرح الجرح يعنى ان الحديد اذا جرح اكل واذا لم يجرح لم يؤكل وكذا غير الحديد كالمعراض والعود اذا جرح اكل واذا لم يجرح لم يؤكل ع (قوله حل بدون الادماء لان عدم خروج الدم لعدم الدم فلا يكون مقصرا ك (قوله لا بد من الادماء لان عدم خروج الدم لضيق المنفذ لا لعدم الدم ك ع (قوله قيل لا تحل وهو قول ابى القاسم الصفار لانعدام معنى الذكاة وهو تسييل الدم النجس وقد قال عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل ك (قوله وقيل تحل وهو قول ابى بكر الاسكاف وكان يقول لا بأس باكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه السلام الذكاة بين اللبة واللحيين وقد يحتبس بعض الدم فى العروق بعارض يحبسه كما اذا اكلت الشاة العناب وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق فهذا مثله كذا فى المبسوط ك (قوله دخل فيما ذكره وهو قوله ان كان مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين وعند بعضهم يشترط الادماء اع من ...
(قوله بعض ما ذكرنا ... قول ابى القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم ع (قوله ... ان كرمى مع الجرح مبيح فلما قطع العضو كان الجرح موجودا لا محالة فيحل ك (قوله ... لان قطع اى عضو كان فى ذكاة الاضطرار كقطع الرأس فى الاختيار والراس يؤكل فى ذكاة الاختيار ... البعض المبان فى ذكاة الاضطرار غاية ...

ثم بعد لانه ما ابين من الحى بالذكاة وما قوله عليه السلام ما ابين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان منه حى حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع فى الماء وهو حى يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا قال وقد لم تقع ذكاة لبقاء الروح فى الباقى عند زواله لا تظهر فى المبان لعدم الحيوة فيه لا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكما يحل وذلك ان يبقى فى المبان منه حيوة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلى القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة فى الباقى (ولو قده

بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلى العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه) لان المبان منه حى صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه فهو ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذى رويناه

(ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقى متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى قال (ولا يؤكل صيد المجوسى والمرتد والوثنى) لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه فى الذبائح ولا بد منها فى اباحة الصيد بخلاف النصرانى واليهودى لانهما من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال (ومن رمى صيدا فاصابه

قوله فدام بعضه الخ اى بخلاف ما اذا لم يبق بالقطع الذى حصل به الابانة ومذبح اى ذكاة اضطرارى لا ينه يحصل بسبب الذكاة وهذا الموت لم يحصل بسبب الذكاة لانه لم يحصل المبان منه فى هذا القطع لم يكن الا به يحصل سبب الذكاة وما ابين من الحى لا بسبب الذكاة فهو حرام ع (قوله ما ابين من الخ اخرج ابوداود والترمذى عن ابى واقد الليثى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة (قوله يحرم لجواز ان يكون موته بسبب وقوعه فى الماء عينى (قوله ابين بالذكاة يجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ما ابين بالذكاة يحل ولكن لا ذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس ذكاة لبقاء الروح فى الباقى على وجه يمكن الحيوة بعد ذلك اذا فرض ذلك والجرح انما يعتبر ذكاة اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن الحيوة بعده ولهذا لو وجد فيه من الحيوة فوق ما فى المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره فى موته لعدم الحيوة فيه ع فان قيل فيكون ذكاة المبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعنى الاقل تبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية (قوله قلنا قال الخ يعنى ان حكم الذكاة انما يظهر فى المحل عند خروج الروح فاذا ابين طرف منه الباقى من لم يقع الفعل ذكاة فاذا خرج منه الروح وصار ذكاة ثم يظهر فى الجزء المتصل لظهور حكم الذكاة فى الاجزاء على سبيل التبعية وقد بطلت بالانفصال ك (قوله هذا الحرف اى هذا الوجه العظيم مأخوذ من الحرف بمعنى الجبل العظيم واما الحرف بمعنى طرف الشئ فلا يناسبه اعظم (قوله حل اكله لانه لم يوجد الابانة لا حقيقة ولا اعتبارا فيحل كما يحل سائر الاجزاء عناية

ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل
لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ (وان كان الاول
اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني
وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا
اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت
مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان
لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل
لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان
كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر
مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف
لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند
محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه
فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء
ولا يحل ثم قال (والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته) لانه
بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته
وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال تاويله اذا علم ان القتل حصل
بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم
الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول
منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت
يحصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته
جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة
لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه
اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا
نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين
لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا

﴿ ورما ﴾

(قوله ويؤكل لان الثاني هو الذي صاده فان الثاني حله قبل ان يخرج الصيد من حيز الامتناع بجرح
الاول ولم يوجد الجرحان (قوله الصيد لمن اخذ قال الزيلعي غريب وقد روى من حديث ... عن
الرماد عن الاعرج عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الصيد لمن اثاره كذا في ...
لابي عبد الله محمد بن محمد بن ... (قوله فهو للاول وذلك لان الاول اخرجه من ان يكون صيدا ...
امتثالا لحكم الصيد لمن اخذ ولا يؤكل لانه اخرج عن حيز الامتناع صار كالشاة فكان ذكاته
كانت ذكاة الاختيار لا ذكاة
الاضطرار ثم لما رماه الثاني
صار كمن رمى شاة فقتلها
فلا يحل ح (قوله فصار
الخ يعني اذا كان معتبرا
على مذهبه كان الجواب في
هذه المسئلة عنده كالجواب
فيما اذا كانت الرمية
الاولى اثخنه وكان بحال
يتوهم ان يسلم الصيد منها
فحين رماه الثاني لا يحل
فكذا هذا ح (قوله اذا
علم الخ فان علم انه مات
من الاول فهو للاول وعلى
الثاني ضمان ما نقصته
جراحته لان الاول قد
اصطاده والفعل من الثاني
نقص ملك الاول فيضمن له
(قوله قال في الزيادات الخ
بيان لحكم الضمان ولم يذكر
حكم الاكل وحكمه انه
لا يؤكل لان احدى الجراحتين
تعلق بها الحظر والاخرى
تعلق بها الاباحة وانما
لم يذكره لانه يعلم بذلك
وانه كان حكم صورة الجهالة
وهو ان لا يدرى ان الموت
حصل بايهما كصورة العلم
بذلك لان كل واحد من
الجراحتين سبب القتل
ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة
وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسببه قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه (اثخنه
سست كردن جراحة كسى را ع) المبرك كل مكان وقوله في حيز التواتر في جهته ومكانه وهو مجاز معنى كمل
محركة تمام يقال اعطاه المال كملا اي كاملا

قوله وان كان رماه الخ يعني ان ما تقدم كان فيما اذا كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وهنا فيما اذا رماه
الاول ايضا فالجواب في حكم الاباحة يعني لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعل نفسه ع
قوله الرهن الخ يقال رهنت الرجل الشيء ورهنته عنده وارتهنه كذا فرهنته عنده وارتهنه منه
والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن مغرب (قوله بحق الخ قيدنا بالحق لان الرهن كما
يصح بالدين يصح بالغصب ﴿...﴾ ايضا والحق يشملهما ع (قوله كالديون حتى لا يصح الرهن بالاعيان

حل اصابته فلان بالرمي الاول صار بحال لا يحل بذكاة الاضطرار لو رمى
في هذه الرمية اذا اصابه بعض اللحم فيصير ولا يعرف
استحق الامر لانه ضمنه مرة فلا يضمن اللحم فيه وان كان رماه الاول
ربما بالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره وتصير
كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل
لان الثاني محرم كذا هنا قال (ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان
وما لا يؤكل) لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما يؤكل اللحم قال قائلهم
﴿شعر﴾ صيد الملوك ارانب وثعالب • واذا ركبت فصيدي الابطال •
ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره
وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا
بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان
مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به
درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء
فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد
بالايجاب والقبول ويتم بالقبض) قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه
عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على
ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص
بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما
تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه
عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا
ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض
ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم
عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت
في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة

واجب له ظاهرا وباطنا فاما
بدين معدوم فلا يصح اذ
حكمه ثبوت يد الاستيفاء
الاستيفاء يتلو الوجوب ك
(قوله اشترى الخ اخرجه
البخاري ومسلم عن عائشة
ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم اشترى من يهودي
طعاما الى اجل ورهنه درعا له
من حديد انتهى وفي لفظ
البخاري بثلاثين صاعا من
شعير واخرج الترمذي عن
ابن عباس قال قبض النبي
صلى الله عليه وسلم ان درعه
مرهونة عند رجل من يهود
على ثلاثين صاعا من شعير
اخذها رزقا لعياله ت (قوله
لانه عقد وثيقة الخ تقريره ان
للدين طرفين طرف الوجوب
وطرف الاستيفاء لانه يجب
اولا في الذمة ثم يستوفى المال
بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف
الوجوب التي تختص بالذمة
وهي الكفالة مشروعة فكذلك
الوثيقة التي تختص بالمال
بالطريق الاولى لان
الاستيفاء هو المقصود
والوجوب وسيلة اليه ع
(قوله بالايجاب الخ الايجاب
هو قول الراهن رهنتك هذا
المال بدينك عليك وما اشبهه والقبول هو قول المرتهن قبلت ع (قوله قالوا الخ اراد به شيخ الاسلام
خواهر زاده الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع
اما انه عقد تبرع فلان الراهن لا يستوجب بازاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا ولا معنى بالتبرع
الا كذلك واما ان ما هو كذلك يتم بالمتبرع كالهبة والصدقة ع

(قوله لانه ناقل الخ فان المبيع قبل التسليم الى المشتري كان مضمونا على البائع بالثمن ... منه الى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا ابتداء (قوله ... اى ظاهر الرواية وهو ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون اشتراط النقل اصح لان الرهن ... لجهة استيفاء الدين ثم ان الراهن اذا خلى بين المرتهن وبينه يعتبر قابضا وذلك حقيقة الاستيفاء ... يعتبر قابضا اذا خلى بينه وبين الرهن وهو جهة الاستيفاء

الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري ... بموجب ابتداء والاول اصح قال (واذا قبض المرتهن الرهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن) لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال (واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه) وقال الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضادها لانتفاء العقد اذ الحق به يصير معرضا للهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي وان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم ﴿ شعر ﴾ وفارقتك برهن لا فكاك له ❊ يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا ❊ والاحكام الشرعية تثبت على وفق الالفاظ ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلة اليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا بخلاف

(قوله محوزا اى مقسوما وهو احتراز عن رهن المشاع فانه لا يجوز عندنا وقوله مفرغا اى عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن وقوله متميزا اى لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كما لو رهن الثمر على رأس الشجر دون الشجر لان المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كالشائع (قوله لا يحصل قبله اى قبل القبض لان الرهن استيفاء ابتداء حكما والاستيفاء حقيقة لا يكون بدون القبض فكذا الاستيفاء حكما ولان المقصود اضجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه وذلك انما يكون بالقبض (قوله اذا عمي الخ رواه ابو داود في مراسيله عن الاوزاعي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الرهن بما فيه انتهى قال ابن القطان مرسل صحيح واخرج الطحاوي بسند صحيح عن ابي الزناد قال ادركت من فقهائنا الذين ينتهى الى قولهم منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم انهم قالوا الرهن بما فيه اذا هلك وعميت قيمته ويرفع ذلك منهم الثقة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله مع اختلافهم ... قال ابو بكر وعلي هو مضمون بالقيمة وقال عمر وابن مسعود هو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين قال ابن عباس هو مضمون بالدين قلت قيمته او كثرت وهو قول شريح

(قوله حال القيام اى بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينقض هذا الاستيفاء اى الذى بالحبس بالرد
لراهن فلا يتكرر الاداء ع (قوله ولاوجه الى استيفاء الباقى اى الحق بعد الاستيفاء يدا وهو
بث رابه بدونه اى بدون الاستيفاء يدا وهذا جواب اشكال وهو ان يقال يستوفى المرتهن الدين
ره لاتؤدى الى الربوا بان يستوفيه رقبة لايدا لان الاستيفاء يدا تقرر بالهلاك فبقى من دينه
بقدر ما فيه اذا استوفاه استوفى حقه لازيادة ولانقصان فما قال ان استيفاء

ونمام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولاوجه
الى استيفاء الباقى بدونه لانه لايتصور الاستيفاء بقع بالمالية اما العين
امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حيوته وكفنه بعد مماته وكذا
قبض الرهن لاينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين
امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا
يحقق صيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما فى الحوالة والحاصل
ان عقد حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء
عليه وبتعلق الدين بالعين استيفاء عينا بالبيع ويخرج على هذا
الاصل عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه ع ذكرناها فى كفاية
المنتهى منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت
موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لايمنع منه لانه لاينافى موجبه
وتعينه للبيع ويأتيك البواقى فى اثناء المسائل ان شاء الله تعالى (قال
لايصح الرهن الا بدين مضمون) لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء
يتلو الوجوب قال وبعمل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة
بعينها فانه يصح الرهن بها ولادين ويمكن ان يقال ان الواجب الاصلى
فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين
ولهذا يصح الكفالة بها وان كان لايجب الاداء الا عند الهلاك ولكن عند
الهلاك مالم يلحق الى وجوب ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فلا يكون رهنا بغير
دين مضمون ونحوه وتصح كما فى الكفالة ولهذا لايصح الحوالة المقيدة به
بملاكه ملحق بالوديعة (قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا
هلك فى يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه
وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة فى يده) لان المضمون بقدر ما يقع به
الاستيفاء وذلك قدر الدين (وان كانت اقل سقط من الدين بقدره
ورجع المرتهن بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن

ملك الرقبة بدون ملك اليد
لايتصور فلو استوفاه يتكرر
الاستيفاء فى حق اليد فيكون
ربوا فثبت العجز من
الاستيفاء وهذا كما قال
ابوحنيفة ومحمد فى رطل من
على آخر من جياد فقضاه
الدراهم فانفق رب الدين
ثم علم انها زيوف سقط
اعتبار جودته لانها لايمكن
اخذها منفردة ولاوجه الى
اخذها تبعا لانه يصير ربوا
فكذا ههنا كذا فيه (قوله
وكذا قبض الخ عطف على
قوله حتى كانت نفقة المرهون
على الراهن وفيه بيان
ان العين امانة حتى لايصير
المرتهن قابضا بنفس
الشراء بل يحتاج ان يقبض
ذلك (قوله وهذا يحقق
الصيانة فانه لما تقرر
استيفاء الدين بالهلاك لم
يذهب الدين بلاشئ حتى
يفوت معنى الصيانة بل تحقق
معنى الصيانة حيث سقط
بهلاك الرهن ولم يسقط مجانا
صيانة (قوله كما فى الحوالة
فانها توجب الدين فى ذمة
المحتال عليه صيانة حق
الطالب وان كان فراغ ذمة

المحيل من ضروراته لا بمقتضاه مقتضى العقد لان الاصل فى الموضوعات الاصلية لا لوازم المقصود ع
(قوله بالحاصل اى حاصل الخلاف فى ان الرهن مقصود على الخلاف فى حكم الرهن
من حكمه ... يكون محتبسا بالدين ... مضمونا على ما ذكرنا ومن قال انه ليس محتبس بالدين
من حكمه تعلقه بالدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع جعله امانة فى

(قوله لمضيت على الخ قلت رواه عبد الرزاق في مصنفه عن علي قال يترادان الفضل جميعا فان... ت (قوله يترادان الخ والتراد ما يكون بين اثنين فلا مرم يرد المرتهن فضل الرهن كما يرد ... فضل الدين عيني (قوله مروى الخ قلت اخرج البيهقي عن عمر قال في الرجل يرتهن الرهن ... ان كان اقل مما به رد عليه تمام حقه وان كان اكثر فهو امين والرواية عن ابن مسعود غريبة ت (قوله
في حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا ادى العين درهما في الكيس ﴿ ٤١٤ ﴾ ومقنه في الي ...

مضمون بما فيه حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمس مائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة به حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما يروى حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل (قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم واذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم (واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن) لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل (واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اليه اولا) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا (وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع (وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن) لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار (وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه

ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا (قوله ضرورة الخ والثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة كه اذا رهن عبدا قيمته اكثر من الدين حيث لا تتميز الزيادة من الاصل فيثبت له حبس الكل ك (قوله ولا ضرورة الخ لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن على ما يجيء ان شاء الله تعالى ك (قوله والمراد بالتراد الخ توفيقا بين حديثي علي رضي الله عنه فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين ع (قوله فانه روي عنه الخ قلت رواه ابن ابي شيبة في مصنفه عن محمد بن الحنفية عن علي قال اذا كان الرهن اكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لانه امين في الفضل واذا كان اقل مما رهن به فهلك رد الراهن الفضل امين ت (قوله كما بيناه على التفصيل ... وهو ما نقل في فصل الحبس من ادب القاضي بقوله وهذا اي ترك الحبس اذا ادعت الحق بالاقرار لانه لم يعرف كونه مماطلا واما اذا اثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره ك (قوله واذا طلب الخ هذه ... مع ما بعدها من المسائل من مسائل الزيادات الى قوله قال وان كان الرهن في يده ذكرها تفريعا على مسئلة مختصر القدوري ع (قوله فكذلك الجواب اي يؤمر المرتهن باحضار الرهن اولا ع

(قوله فصار الخ) لأنه لما باعه بإذنه صار كأنه ما تناولها الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق بقاء حكم الرهن أي الثمن ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن فصار كأنه رهنه ولم يسلم بل وضعه على يدي عدل كذا في زيادات قاضيخان وإن قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح [illegible] ولكن يبقى حكم الرهن في ثمن المرهون لكونه بدلا عن المقبوض وهو لو كان مالا كذلك ثم يثبت هذا الحكم وهلمّ تبعا لا مقصودا ك ﴿٤١٥﴾ (قوله إلا أن الذي الخ) هذا استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين على تقدير إشكال وهو أن يقال لم يصر كأن الراهن رهنه وهو دين إذ لو كان كذلك لما كان للمرتهن ولاية قبضه كما لو كان الرهن في يد العدل وله ذلك فأجاب وقال ولاية القبض له باعتبار أنه عاقد ك (قوله يكلف الخ) هذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن وأما إذا لم يدع فلا حاجة إلى إحضار الرهن إذ لا فائدة فيه ك (قوله لاحتمال الهلاك) ولا ضرر له في الإحضار وفيه فراغ قلب الراهن عن وهم الهلاك ويمكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الثمن كفاية (قوله ثم إذا قبض) يعني إن باع الرهن وقبض الثمن فإذا قبضه وجب إحضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين ع (قوله وهذا بخلاف الخ) إشارة إلى قوله وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه الخ فإنه لا يجبر المرتهن على الإحضار بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شيء بخلاف ما إذا قتل رجل الخ فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة ع (قوله ولو وضع الرهن الخ) أي بعد التخلية ليتحقق الرهن بقبض المرتهن بالتخلية كذا ثم يوضع على يد المرتهن ثم وضع على يد العدل به تعلق من الراهن والمرتهن أعطي (قوله وإن كان الخ) إذا كان الرهن بيد المرتهن فهو مجبر بأن يمكن الراهن من بيعه وإن لا يمكن لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين وذلك ينافيه استطاعة بيعه (قوله ليس عليه الخ) أي لا يكلف مرتهن معه رهن أن يمكن الراهن من بيع الرهن شرح الوقاية

ويقبض الثمن) لأنه صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل لأن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن) لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك وإذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لأن القيمة خلف عن الرهن فلابد من إحضار كلها كما لابد من إحضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا (وإن وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن) لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في بيته فغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أودعني فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا (وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا) لأنه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به (قال وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه (ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية) اعتبارا بحبس المبيع (فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه) لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه) لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده (وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض

(قوله لانه اى الرهن يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا الاترى انه لورد الرهن سقط الضمان بزوال القبض وان كان الدين باقيا وان ابرءه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان الحكم اذا كان [illegible] بوصفين ينعدم الحكم بعدم احدهما فان قيل يجب ان لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين او [illegible] قبل التسليم لان حكم الرهن لا يبقى وليس الدين باقيا كما مر من الشارح هكذا الكلام مقدما اجيب [illegible] احتمال استحقاق الحبس

الحبس وهو كذلك (ولا يبطل الرهن الا برد على الراهن [illegible]) لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والحبس (ولو هلك في يده سقط الدين [illegible]) [illegible] الحبس بعد [illegible] (وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان يأذن له المالك) لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير) [illegible] لانه لا يملك الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه [illegible] لا يبطل عقد الرهن بالتعدي (وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه [illegible] وولده وخادمه الذي في عياله) قال محمد وان يكون الولد في عياله [illegible] لان حفظه انما يكون بهؤلاء عادة كالوديعة (وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف) وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة (واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي (ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن) لانه متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة (ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه) لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة ويضمن في السيفين) لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن [illegible] (واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فكان اصلاحه [illegible]

لاحتمال ان يستحق المؤدى [illegible] فكان له ان يستوفي الحبس [illegible] لان الاحتمال لا يوجب التحقق لا سيما اذا لم ينشأ من دليل ع (قوله وليس للمرتهن الخ لان المالك رضي بحبسه لا بانتفاعه فاذا انتفع به بوجه من هذه الوجوه كان غاصبا وضمن قيمته [illegible] من كان باذن المالك فلا ضمان عليه لان الحجر لحقه وقد رضي به ع (قوله ضمن وذلك لان الايدي تختلف بالحفظ والامانة والمالك لم يأذن له في ذلك فيضمن [illegible] بمنزلة الوديعة في [illegible] وما لا يجوز لوديعة من [illegible] لا يجوز في الرهن [illegible] الوديعة جاز في الرهن ع (قوله ضمنه الخ ثم ان [illegible] القاضي [illegible] من جنس الدين [illegible] القضاء اذا كان الدين حالا ولا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن [illegible] ويكون رهنا [illegible] لانه بدل الرهن [illegible] الدين كان [illegible] رهنا [illegible] لان [illegible] بدل الرهن [illegible] (قوله لم [illegible] ثم ينبغي ان يعرف ان المراد [illegible] لا ان لا يضمن [illegible] لا يضمن اصلا لانه مضمون [illegible] هو الاقل من قيمته ومن الدين كالخاتم اذا جعله في [illegible] لانه غير [illegible] في العرف والعادة وكالثوب اذا القاه على عاتقه وبه صرح في شرح الطحاوي ع

ومؤنته عليه بسبب انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الراهن وسقي البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد وهي يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف انه يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر والله اعلم

(قوله واجرة الراعي في معناه) اي في معنى الانفاق في المأكل والمشارب لانه علف الحيوان اي الاجير سبب علف الحيوان لانه يوصل اليه سببه فاطلق اسم المسبب على السبب فان قيل كما ان الراعي يسوق الدابة الى العلف فكذلك يحفظها ايضا والحفظ على المرتهن وان كان العلف على الراهن الا ترى ان اجرة المربط الذي يأوي اليه الرهن على المرتهن فيجب ان يكون الامر عليهما نصفين قلنا الراعي يعلف لا يحفظ الا ترى ان السارق من المرعى لا يقطع ﴿ ٤١٧ ﴾ ومن المناخ يقطع لان الحفظ تبع والامر بازاء الاصل كالثمن يقابل الرقبة دون الاطراف ك (قوله وسقي الخ) اي ان كان الرهن بستانا فيه شجر ونخل وكرم وليس فيه ثمر وهو مما يثمر فسقيه وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه على الراهن ع (قوله او لرده الخ) وجهه انه ابق العبد المرهون فرده انسان الى المرتهن فالجعل عليه ك (قوله او لرد جزء منه) بان يبيض عين الرهن او يحدث به مرض آخر فالمداواة على المرتهن لان رد كل الرهن واجب على المرتهن فكذلك جزؤه وفي المداواة حفظ الجزء للرد فيكون على المرتهن كما في الكل ك (قوله والحفظ واجب عليه) ولهذا لو شرط الراهن شيئا للمرتهن على الحفظ لا يصح ولا يستحقه بخلاف الوديعة فان المودع اذا شرط شيئا على الحفظ يصح ك (قوله والفداء من الجناية) وهو الدين الذي يلحق الراهن بالاموال التي يضمنها بالاستهلاك اذا وجب في حق كل واحد من الراهن

والمرتهن لان جناية المضمون في يد الضامن تجري مجرى جناية الضامن فيكون من ماله واما جناية الامانة فانها كجناية الوديعة فيكون على الراهن ع (قوله ينقسم الخ) فما كان من حصة المضمون فهو على المرتهن وما كان من حصة الامانة فهو على الراهن وذلك لان المرتهن مصلح بذلك حقه الا ترى ان ما يفوت من الرهن يذهب من دينه فاذا حصل به الدين بكماله واذا كان في ذلك اصلاح حقه كان عليه واما حصة الامانة فالمرتهن كالمودع فيكون على المالك ع

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال (ولا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبتنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثانى ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضى اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثانى يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارى يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان الشيوع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما مر ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال (ولا رهن ثمرة على رءوس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده

(قوله باب ما يجوز ارتهانه الخ) لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال ت (قوله يجوز لان موجب الرهن استحقاق المبيع في الرهن والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه ف (قوله وهذا اى يد الاستيفاء في الجزء الشائع لا يتحقق لان اليد حقيقة لا يثبت الا على جزء معين فان قيل كيف يستقيم هذا والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة فان من كان له على غيره عشرة فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون درهما ليستوفى حقه منه يصير مستوفيا حقه من النصف شائعا واذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى والشيوع لا يمنع الملك وموجب الرهن يد الاستيفاء فقط والاليد حقيقة في الجزء الشائع ك (قوله لا يتصور الخ) لان اليد يثبت على غير المرهون وفيه فوات حكمه ع (قوله هو الحبس الدائم اى من وقت العقد الى وقت الفكاك لقوله تعالى فرهان مقبوضة فهذا يقتضى ان لا يكون مرهونا الا في حال يكون مقبوضا فيه ولان المقصود بالرهن صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود واضجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه بمعنى به استحقاق دوام اليد لا وجود يد المرتهن حسا وبالاعارة من الراهن او الغصب لا يفوت الاستحقاق ولهذا لا يبطل به الرهن وذلك لا يتحقق مع الشيوع لانه يحتاج الى المهايأة مع المالك في الامساك فيصير كانه قال رهنتك يوما بعلم اسيدت وبعده ام دون يوما ثم الرهن فهو بمنزلة قوله رهنتك يوما ويوما لا ف (قوله وكل ذلك اى كل ما مر من قوله الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود متعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد بما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء لان ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح

وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخل بمواضعها جاز) لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة (ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن) لأنه تابع لاتصاله به فيدخل فيها تصحيحا للعقد بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة (ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته وإلا بطل كله) لأن الرهن حصل كأنه ما ورد إلا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لأنه شاغل لها بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها إليه لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا في دار أو وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة) لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع) لأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن (البائع) شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فأما

(قوله إن رهن النخل الخ) يعني أن النخل عبارة عن الخشب مع مكانه والشجر عبارة عن الخشب بموضعه ألا ترى أنه في غير موضعه جذع وليس بنخل فكأنه استثنى النخل مع مكانه من الأرض فيصير رهنا لما سواه وذلك جائز وليس كذلك إذا استثنى البناء لأن ذلك عبارة عن العمارة دون مكانها فيدخل مكانها في الرهن وهو مشغول بما لا يصح وأما إذا رهن الأرض واستثنى النخل بمواضعه جاز في قولهم جميعا لأنه رهن ما سواه وذلك بقعة معلومة فكان كنخل فيصح فيهما الرهن عن (قوله فيكون استثناء الخ) أي فيكون استثناء الشجر استثناء للمنبت مكان رهنا لما سوى المنبت من الأرض وذلك جائز بخلاف رهن الأرض دون البناء لأن البناء اسم للموضوع على وجه الأرض فكان ذلك رهنا بجميع الأرض وذلك مشغول بملك الراهن ك (قوله وبخلاف المتاع الخ) يعني كما أن الثمر لا يدخل من غير ذكر في بيع النخل فكذلك لا يدخل المتاع في رهن الدار من غير ذكر عن (قوله ولو رهن الخ) أي لو رهنهما وما فيها وخلى بينه وبين ذلك وهو خارج منها تم الرهن لأن الكل مرهون فتم القبض في الكل ك (قوله إن كان الباقي يجوز الخ) وهو فيما إذا بقي الباقي شيئا معينا غير مشاع بأن كان المستحق موضعا معينا فرهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء مل (قوله وإلا) أي وإن كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بأن استحق جزء شائعا أو ما هو في معنى الشائع كالثمر ونحوه بقي الباقي شائعا فيبطل الرهن لأنه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع بما لا يرتهن (قوله ويمنع التسليم الخ) ٢٧ يعني لو أخرج الراهن متاعه وكان موضع المرتهن فيها وقال سلمت إليك لا يكون تسليما حتى يخرج ويقول سلمته إليك ك (قوله لأنه شاغل لها) الحاصل أنه لا يصح تسليم المشغول بالراهن أو بملكه إلا بإزالة الشواغل بخلاف ما إذا كان الرهن شاغلا لا مشغولا حيث يصح تسليمه كما إذا رهن الحمل على دابة أو المتاع في دار أو وعاء دون الدابة والدار والوعاء حيث يصح التسليم قبل إسقاط الحمل وإخراج المتاع عن الوعاء والدار لأن المرهون فيها شاغل لا مشغول ك

(قوله والرهن بالدرك الخ صورته ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشترى فيخاف المشترى ان يستحقه احد فياخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع او لا ع (قوله ولا استيفاء الخ فان الواجب هو الذى يسترق وضمن اخرى هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق كف (قوله واضافة ا ع اى لا يصح الرهن مضافا الى حال وجود الدين لان الاستيفاء معاوضة فلا تحتمل الاضافة لان اضافة التمليك الى زمان فى المستقبل لا تجوز ك

الاعيان المضمونة بعينها وهى ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان فى المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما فى الصوم والصلوة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضنى الف درهم وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة فى المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شئ) لانه لا اعتبار للباطل فبقى قبضا باذنه (وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم فى مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) لانه بدله فصار كالمغصوب

(قوله فلو قبضه اى لو قبض المشترى الرهن بالدرك قبل حلول الدرك فهلك الخ عينى (قوله لان الموعود جعل الخ فان الرجل يحتاج الى استقراض شئ وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة من المستقرض عينى (قوله باعتبار الحاجة فان قيل فليجعل المعدوم فى الدرك موجودا بلا شركة فى الحاجة اجيب بان المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره ع (قوله كالمقبوض على سوم الشراء فانه مضمون على القابض لانه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقة فى ايجاب الضمان ك (قوله فيضمنه اى المرتهن القابض على سوم الرهن من الدين الموعود عينى (قوله لان حكمه الخ اى ان الرهن اذا هلك كان المرتهن مستوفيا لدينه من الرهن واذا استيفاء غير رأس المال وبدل الصرف والمسلم فيه لا يجوز لان استبدال هذه الاشياء من غير جنسها لا يجوز عن (قوله حتى يحبسه اى الاستيفاء رأس المال وان لم يكن رهنا به لان فى الرهن بالمسلم فيه استيفاء له من وجه فصار كما لو استوفاه حقيقة ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا كان له ان يحبسه لاستيفاء ما يقابله تحقيقا للمساواة فى الاقالة التى هى فسخ معنى العقد فكذا اذا صار مستوفيا من وجه من

(قوله يهلك بالطعام الخ) فعلى المرتهن ان يعطى مثل الذى كان له على المسلم اليه ويأخذ رأس ماله لانه محض المال صارت ماليته مضمون بطعام السلم وقد بقى حكم الرهن اى ان هلك صار بهلاك الرهن مستوفيا لطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا يلزمه رد المستوفى لاسترداد رأس المال فكذلك هنا لان الاقالة فى باب السلم لاتحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لايبطل الاقالة وانما جعله هالكا بالطعام لا برأس المال لانه ليس مرهون به لكنه

محبوس به انما ويجوز ان يكون الشئ محبوسا بالشئ ولايكون مضمونا به

ا اهلك ومه رهن يكون رهنا بقيمة (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بطعام السلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفى الثمن ثم لو هلك المشترى فى يد المشترى يهلك بقيمته قال (ولايجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد) لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولايتحقق الاستيفاء من هؤلاء لانعدام المالية فى الحر وقيام المانع فى الباقين ولايجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص فى النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولايجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشترى (ولا بالعبد الجانى والعبد المديون المأذون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لايجب عليه شئ (ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه لايقابله شئ مضمون (ولايجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمى) لتعذر الايفاء والاستيفاء فى حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمى كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لايضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال فى حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلايجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لايجوز فيما بين المسلمين (ولو اشترى) عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا (وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لادين فالرهن مضمون) وعن ابى يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال (ويجوز للاب ان

بالشئ ولايكون مضمونا به عن (قوله وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه ثم اراد فسخه للفساد له اى للمشترى ان يحبس العبد ليستوفى الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشترى لاستيفاء الثمن من البائع فى البيع الفاسد (قوله ولايجوز الرهن بالشفعة صورته ان يطالب الشفيع ويقضى القاضى بذلك فيقول للمشترى اعطنى رهنا بالدار المشفوعة ع (قوله لايجب عليه شئ فان العبد الجانى اذا مات بطل حق الجنى عليه ولايلزم المولى شئ من ذلك وكذلك العبد المديون اذا مات لم يجب بموته على احد شئ عن (قوله لم يكن مضمونا لان الرهن حصل بما ليس بواجب اصلا الاترى انهما لو ترافعا الامر الى القاضى قبل الرهن فالقاضى لايأمر المستأجر بتسليم الاجر كذا فى النهاية ن

(قوله لتعذر الايفاء والاستيفاء اى لان الرهن للايفاء والاستيفاء والمسلم لايملك الايفاء اذا كان هو الراهن ولايمكن الاستيفاء اذا كان هو المرتهن عن (قوله بدين واجب ظاهرا الاترى ان البائع والمشترى لو اختصما الى القاضى قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضى يقضى بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا ع (قوله وكذا اذا صالح الخ لان الارتهان حصل بدين مضمون على الراهن من حيث الظاهر من

(قوله لانه يملك الايداع اى على وجه لايكون مضمونا على المودع فلان يكون بسبيل من الايداع على وجه يكون مضمونا على المودع اولى كفايه (قوله لمابينا وهو قوله لانه يملك الايداع وهذا نظر فى حق الصبى منه ك (قوله اعتبارا الخ اى انه قضى دين نفسه من مال ابنه وليس له ذلك بيانه ان الاب ليس له حقيقة الايفاء بان يوفى دينه من مال الصغير فليس له ان يؤتى ماله بجهة الايفاء لان الرهن محبوس بجهة الاستيفاء من (قوله وكذا لوسلطا الخ اى كما يجوز لهما ان يرهنا

يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لانه يملك الايداع وهذا انظر فى حق الصبى منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصى بمنزلة الاب فى هذا الباب لمابينا وعن ابى يوسف وزفر انه لايجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى هذا نصب حافظ لماله مع بقاء ملكه فوضح الفرق (واذا هلك الرهن هلك

المرتهن صار مستوفيا دينه لوهلك فى يده ويضمن الاب) او الوصى (قيمة ماله ويضمنه للصبى) لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلط المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصى اذا باع مال الصبى من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبى عندهما وعند ابى يوسف لاتقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان (واذا

رهن الاب متاع الصغير من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لادين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد

(ولو ارتهنه الوصى من نفسه او من هذين اورهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز) لانه وكيل محض والواحد لايتولى طرفى العقد فى الرهن كما لايتولاهما فى البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذى عليه دين لانه لاولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولاتهمة فى الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن) لان الاولى

بدين عليهما عبد الصغير كذلك يجوز لهما ان يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد نت (قوله لاتقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشترى ع (قوله وكذا وكيل البائع الخ يعنى اذا كان للمشترى على وكيل البائع دين كان على هذا الخلاف يقع المقاصة عندهما خلافا لابى يوسف (قوله من حيث وجوب الخ اى من حيث انه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله للصبى وفى البيع كذلك فانه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنا له مثله ك (قوله لادين عليه انما قيد به لان الشبهة انما ترد فيما اذا لم يكن على العبد دين لانه ح يكون بمنزلة ان يرهنه من نفسه لان كسب عبده الذى لادين عليه له ولكن غير مانع لما ذكرنا انه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز فكذلك هنا واما اذا كان على العبد دين فلاشك فى جواز الرهن حتى ان الوصى يشارك الاب فى جواز الرهن فى هذه الصورة ك (قوله كما فى بيعه الخ اى هذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن فى ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالمثل واما بيع الوصى من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه ع (له استجارة)

(قوله وإذا رهن الأب الخ) الملتقى رهن الأب متاع الصغير فأدرك ولم يذكر أنه رهن لدين الصغير أو لدين نفسه ليعلم أن الحكم الذي ذكره لا يختلف بين أن يكون الدين دين الصغير أو دين الأب وقوله ومات الأب قيد اتفاقي وكذلك ذكر الأب ليس بقيد لأن هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل أداء الدين إذا بلغ لا يختلف بين أن يكون الراهن أبا أو وصيا للصغير ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه وإذا رهن الأب مالا لولده وهو صغير بدين ثم أدرك الرهن ليس له ذلك لأن الوصي لو رهن مال الصغير إما بدينه أو

له التجارة تثمير المال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء (وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يرده حتى يقضي الدين) لوقوعه لازما من جانبه إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب) لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن (وكذا إذا هلك قبل أن يفتكه) لأن الأب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على أمرين جائزين (ويضمن الأب حصته من ذلك للولد) لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار (وكذلك الوصي) وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب (ولو رهن الوصي متاع اليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه (والمال دين على الوصي) معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لأنه غير متعد في هذه الاستعارة إذ هي لحاجة الصبي (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لأنه متعد إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه (ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك في يده فالوصي ضامن لقيمته) لأنه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين إن كان قد حل (فإن كانت قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا (وإن كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة إلى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين إلى المرتهن والفضل لليتيم وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم

بدين الصغير ثم بلغ الصغير فأراد أن يرد ذلك لم يكن له ذلك فإذا فعله الأب وأنه أعم ولاية أولى ك (قوله فقضاه الخ أي إذا قضى الابن دين المرتهن فإن كان الرهن لنفسه فكذلك وإن كان بلا به فله أن يرجع في مال الأب لأنه مضطر فيه ع (قوله لاشتماله الخ يريد أنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بضمهما لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس ع (قوله وكذلك الوصي أي إذا رهن متاع الصغير ليس له أن ينفرد بالرهن حتى يقضي الدين بعد البلوغ ع (قوله والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لأن عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيا دينه باعتبار يد المديون ك (قوله والحكم فيه هذا أي الحكم في فعل اليتيم بعد البلوغ هذا وهو أنه يهلك من ماله إذا رهنه فاستعاره فهلك في يده ع (قوله على ما نبينه أي في باب التصرف في الرهن عند قوله وإذا أعار المرتهن الرهن حيث قال فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون ع (قوله أدى قدر الدين وهذا هو الصواب وفي عامة النسخ قدر القيمة إلى المرتهن وهذا سهو وقع من الكاتب وهذا ظاهر لا خفاء فيه لأحد ك

فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي مضى (ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ واذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة) لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنا مكانه (وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور له انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب

(ومطالب)

(قوله يأخذه بدينه اي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه ان حل وما فوقه للاستيفاء ع (قوله لانه ليس بمتعد اي لانه قضى دين الصغير ولم يوجد منه التعدي في حق الصغير لان عمله وقع لاجل الصغير ع (قوله ويجوز الخ قد عرفت ان كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذا الاصل فيجوز رهنهما ع (قوله وتكون رهنا الخ لانه لو صار مستوفيا يتضرر المرتهن والاصل عنده ان حالة الهلاك حالة الاستهلاك والاستيفاء انما يكون بالوزن وعندهما حالة الهلاك حالة الاستيفاء اذا لم يفض الى الضرر ك (قوله فهو بما فيه الهاء في فيه راجعة الى الرهن اي يهلك الرهن بالدين الذي في الرهن وصار كان الدين في الرهن من حيث المالية فيقابله (قوله في الثاني وهو ما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من وزنه ع (قوله فهو على الخلاف اي عند ابي حنيفة يصير مستوفيا بالوزن لان استيفاء الجيد بالردي صحيح اتفاقا فاما عندهما فانه يضمن قيمته وتكون رهنا مكانه ويرجع بالدين ع (قوله يؤدي الى الربوا لانه لو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبارا للقيمة لصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربوا ك (قوله لينتقض القبض لا يقال بان القبض قد انتقض لفوات المحل وهو فعل حسي فلا يتصور بدون المحل لانا نقول القبض لا ينتقض الا بالرد او بالاستيفاء ولم يوجد احدهما فيكون القبض باقيا حكما وان فات المحل فصار الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض صورة ومعنى فيكون معنى قوله في الكتاب لينتقض القبض ليكمل وينتقض القبض ك (قوله ثم يتملكه اي يفتكه الرهن بقضاء الدين فيتملكه اي ذلك الضمان الذي جعل مكان الاول ك (قوله واستيفاء الجيد الخ اي استيفاء شخص جيده بواسطة استيفاء الردي مكانه ع

بعاب وكذا الانسان لايضمن ملك نفسه ويتعذر التضمين يتعذر
نقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف فى مكان الجياد
ملكت ثم علم بالزيافة وهو معروف فيران البناء لايمع على ما
هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفى هذا مع ابي يوسف
والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفى من عينها والزيافة لاتمنع
الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفى من محل آخر فلا
بد من نقض القبض وقد امكن نقضه بالتضمين ولوانكسر الابريق
فى الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة
وابى يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لاوجه الى ان يذهب شئ من
الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولاالى ان يفتكه مع
النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه
قيمته من جنسه او خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور
للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين
اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار
بمنزلة الهلاك وفى الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما
هو فى معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون
مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفى جعله بالدين اغلاق الرهن وهو
حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة اولى وفى الوجه الثالث وهو ما اذا
كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه
او رديا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر
وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك
عنده بالقيمة وفى الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه
اثنى عشر عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة
للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا
يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات

قوله وكذا الانسان الخ يعني لايمكن ان يقال ايضا المرتهن يضمن لانه صار مستوفيا بالهلاك فصار
مستوفى ملكا له ومن المحال ان يضمن الانسان ملك نفسه ولما تعذر التضمين تعذر النقض ك
قوله وهو معروف فانه يسقط دينه ولاشئ عليه فى قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يضمن مثل ما قبض
ويأخذ مثل حقه وقول محمد ولاكقول ابي حنيفة واخوا كقول ابي يوسف كذا ذكره عيسى بن ابان والاصح
ان هذه المسئلة مبتدأة لان محمد ﴿ ٤٢٥ ﴾ مع ابى حنيفة فى تلك المسئلة فى المشهور ومع ابي يوسف
فى هذه المسئلة ك (قوله والفرق لمحمد اى على تقدير ان لاتكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الاصح على ما ذكره شيخ الاسلام فى المبسوط ونقل عنه عامة المشائخ ههنا نت (قوله ولوانكسر الابريق الخ كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ع (قوله ان شاء افتكه بما فيه اى افتك الراهن الابريق المنكسر ناقصا كما هو بالدين الذى هو مرهون به يعني بجميع الدين معناه ان الراهن يملك رهنه اى يخلصه باداء جميع الدين الى المرتهن عن (قوله وطريقه الخ اى طريق صيرورته مضمونا بالدين ان يجعل مضمونا بالقيمة بقدر الدين لانه عقد استيفاء وسقوط الدين فى الاستيفاء الحقيقي باعتبار ان يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم يقع المقاصة بين ماله وما عليه فكذا فى الاستيفاء الحكمى وجعله مضمونا بالدين فى
حال قيام الرهن يؤدى الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلى مردود فى الشرع فصرنا الى التضمين
بعينه لانه لايؤدى الى الاغلاق لانتقال حكم الرهن الى مثله ك (قوله اقل من وزنه بان يكون
وزنه عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود غش فيه ع (قوله والهلاك عنده الخ فمنه فى هذا الوجه
لو هلك يضمن المرتهن قيمته ولايصير مستوفيا لمكان الربوا اوللضرر فكذا اذا انكسر كفايه

(قوله احتمال الخ والفرق بين حالة الهلاك وحالة الانكسار ان حالة الهلاك حالة استيفاء
وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونه على خلاف رضاء الرهن فيكون
كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ع (قوله يضمن الخ يصير خمسة اسداس الابريق مضمونا لجودته
امانة فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لايعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست
فيضمن قيمة خمسة اسداس من خلاف جنسه ع (قوله متى لايبقى الخ لان الشيوع

في ظاهر الرواية كالشيوع
المقارن للعقد وعن ابي يوسف
ان الشيوع الطارئ لايمنع
فلا يحتاج الى التمييز ك
(قوله وفي بيان قول محمد
الخ عند محمد ان النقص
بالانكسار ان كان درهما او
درهمين يجبر الراهن على
الفكاك بقضاء جميع الدين
وان كان اكثر من ذلك يخير
الراهن بين ان يجعل الرهن
للمرتهن بدينه وبين ان
يسترده بقضاء جميع الدين
وهذا لان الوزن مضمون
والجودة امانة للمناسبة لان
الجودة تابعة للوزن لاتنفصل
عنه وصفة الامانة في المرهون
كذلك فيجعل الاصل في
مقابلة الاصل والتبع في مقابلة
التبع واذا ظهر ذلك فان زاد
النقصان على الدرهمين
وقع النقصان في المضمون وهو
العشرة بالانكسار والانكسار
عنده كالهلاك في هذا الفصل
عند الهلاك يصير مستوفيا
دينه فكذلك عند الانكسار
يكون مضمونا بالدين ويخير
الراهن كما ذكرنا وان لم يزد
على الدرهمين وقع النقصان
في الامانة فالرهن المضمون
باق على حالة الرهن فيجبر الراهن على الفكاك كانه لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم او الدرهمين
ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل النقصان بقدر الصياغة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان
باعتبار ان الزيادة في المسئلة المفروضة كذلك ع (قوله كالوكالة المشروطة اي كما اذا وكل الراهن
العدل او المرتهن ببيع المرهون عند حلول الدين فالوكالة لازمة ولا يملك الراهن عزله

ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان تكون التابع امانة وعند ابي يوسف
يضمن خمسة اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان
بحر زحتى لايبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته رهنا خمسة اسداس
وهذا لانه تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن
ورثه الماهر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند الا
بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لاتعتبر عند المقابلة بجنسها
سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول نعرف في موضعه من
المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على ان يرهنه
المشتري شيئا بعينه جاز) استحسانا والقياس ان لايجوز وعلى هذا القياس
والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس
وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لايقتضيه العقد
وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد
لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في
المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن
الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة
والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس
وقبل صح (ولو امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر عليه)
يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة
في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن
ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن
وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه رضي الا به فيتخير
(الا ان يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (او يدفع قيمته رهنا)
لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال (ومن اشترى ثوبا
بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن
لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء

ولو ... اى بامساك الثوب الى وقت اعطاه الشئ علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدائم
... كذا صرح به اعلم ان مراده الرهن وذلك لان التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه فكانه
... بالشئ الاترى انه لو قال ملكتك هذا الثوب بعشرة كان هذا وقوله بعتك بالعشرة سواء (قوله بطل
... حكم رهن او احد شرع فى بيان الرهن او الراهن او المرتهن اذا كان اثنين لان الواحد قبل الاثنين عن
... بما كان ... اى اذا نقد المشترى بعض الثمن واراد ان يأخذ بعض المبيع لا يملك

... مرة فى العقود بل هى فى حق كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
... والحوالة فى ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابى يوسف لان قوله
... يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثانى اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما
... امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا
... الاعطاء علم ان مراده الرهن (فصـــــل) (ومن رهن عبدين
... بعض حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) وحصة
كل احدهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس
... فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين
... كالمبيع فى يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من
... اذى رهنه به فكذا الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له ان
... اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية
... فى البيع وجه الثانى انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير
مشروطا فى الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن فى احدهما جاز قال (فان
رهن عبدا واحدا عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها
رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن اضيف الى جميع العين فى صفقة
واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل
الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من
رجلين حيث لا يجوز عند ابى حنيفة (فان تهايئا فكل واحد منهما فى
نوبته كالعدل فى حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته
من الدين) لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ
الاستيفاء مما يتجزى قال (فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا فى يد الآخر)
لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى
هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته من الثمن قال
... ان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن

ذلك فكذا ههنا والجامع ان كل واحد من المبيع والمرهون محبوس بكل الدين والثمن فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائهما فيكون حاملا على قضائهما (قوله ان العقد متحد بمعنى انه عقد واحد وليس بعقدين لاتحاد الايجاب والقبول والتفصيل فى الدين لا يجعله فى معنى عقدين كالبيع المضاف الى المحلين لا يكون بيعين عند تفصيل الثمن حتى لو اراد المشترى ان يقبل العقد فى احدهما دون الآخر لم يصح فكذا فى الرهن لان الدين فى الرهن كالثمن فى البيع لتعلق الرهن به ع (قوله لا حاجة الخ يعنى ان البيع لا يتفرق بتفرق التسمية عند اتحاد العاقدين والرهن يتفرق ولهذا لو قبل المشترى البيع فى احدهما دون الآخر لا يصح ولو قبل المرتهن العقد فى احدهما عند تفرق التسمية صح وانما افترقا لان ضم الردى الى الجيد متعارف فى البيع فلو تفرق البيع بتفرق التسمية صح وكان للمشترى ان يقبل فى احدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لا يتضرر به الراهن لان الحكم لا يتفاوت فى ذلك اذ هو مضمون بما قابله من الدين سواء كان وحده او مع غيره ولان البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة يصير الثانية شرطا فى الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة ك (قوله الا يرى الخ توضيح لذلك فانه لما يتمكن المرتهن من تفريق القبول فى الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض فى الانتهاء ع

رهن بكل الدين فللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفى جميع الدين) لان جميع الرهن محبوس بكل جزء من الدين

الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع (فان اقام الرجلان كل واحد منهما

البينة على رجل انه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بكله لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك فى حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما وجعل فى كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره فى الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له

(ولو مات الراهن والعبد فى ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه (استحسانا) وهو قول ابى حنيفة ومحمد وفى القياس هذا باطل وهو قول ابى يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم اصلى لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما فى حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه فى حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع فى الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت فى حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم

﴿ باب الرهن يوضع على يد العدل ﴾

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكره ...

(قوله فان اقام الخ صورة المسئلة رجل فى يده عبد فادعاه رجلان كل واحد منهما يقول للذى العبد فى يده رهنتنيه بالف درهم وقبضته منك لم اخذه منك بطريق العارية او الغصب واقاما البينة على ما ادعيا فهو باطل لان ... فى يده وجملة الوجوه ان العبد اما ان يكون فى ايديهما او فى يد احدهما او لا فى يد احدهما فان كان فى يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما فى الشراء وقد تقدم الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول ... فى السبق وهو يفرق الثلاثة فان لم يكن فى يد واحد منهما فهو المذكور فى الكتاب ... فى ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم ففيه التهاتر مثل (قوله انه يكون رهنا لهما الخ اى انه يجوز ان يكون الشئ رهنا عند رجلين فيكون لكل واحد منهما نصفه بنصف حقه عن (قوله وجعل الخ قال الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع الصغير قال فى كتاب الشهادات ان الرهن فى القياس باطل وفى الاستحسان جائز وبالقياس نأخذ عن (قوله وبهذا القضاء الخ اى لو جعلناه كالرهن من اثنين لقضينا لكل واحد منهما بحبس هو طريق الى شطره والحكم خلاف الحجة بالملك (قوله ان العقد الخ يعنى ان المقصود بعد موت الراهن اثبات الاختصاص وهو كونه احق به من سائر الغرماء دون الحبس وكل واحد منهما اثبت لنفسه الاختصاص بالعين حتى يباع له فى دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضى لكل واحد منهما بالنصف فاما فى حالة الحيوة فالمقصود هو الحبس ودواما لا يحتمل الشركة فى العين اذ الشائع لا يدوم حبسه (قوله باب الرهن الخ) ذكر حكم الرهن اذا كان فى يد المرتهن ذكر حكمه اذا كان فى يد العدل وهو الذى يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن فى يده فانه نائب عن المرتهن والنائب يحق المنوب عن ... (قوله لا يجوز) قال الحبس ... اول الكتاب وقال مالك يلزم بنفس العقد فاذا كان كذلك ينبغى ان لا يشترط قبض العدل اصلا ... ان يكون عن مالك روايتان فى اشتراط القبض فى الرهن عن

قوله ولهذا يرجع العدل الخ يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع
بما ضمن ولو لم يكن يده يد الراهن لم يرجع ع (قوله ان يده الخ يعني ان قبض العدل كقبض
المرتهن بحسب الرهن وهذا لان اليد في باب الرهن على الصورة امانة وعلى المعنى مضمون فكانت يده
(قوله لانه نائب عنه الخ اي العدل في حق العين نائب عن الراهن وفي حق المالية نائب عن
كانت العبرة للعين لان العين هو الاصل فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن ك

يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق كالوكيل ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذه منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر (فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن) لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة (ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن) لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي (واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا فيؤدي الى التنافي ولكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل ذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد (وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه) لان العين لو كانت قائمة في يده اخذها اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الاجل فالوكالة جائزة) لانه توكيل ببيع ماله (وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل) لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به

(قوله كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق يرجع الى المودع لان يد المودع يد المودع ع (قوله لانه يصير قاضيا الخ اي لان القيمة وجبت دينا له فلو جعلها رهنا في يده صار الراهن قاضيا ومقتضيا ماله عليه وبينهما تناف ك (قوله يرفع احدهما يرفع الدال اي يرفع الامر الى القاضي احد الشخصين المذكورين وهما الراهن والمرتهن حتى يأخذ القيمة من العدل ويضعها رهنا عنده ولكن يفهم ان احدهما منصوب على معنى ان العدل يرفع احدهما وذلك ليس بشئ لان العدل هو الضامن للقيمة فيبعد ان يرفع الضامن المطالبة نفسه الخصم الى القاضي ع (قوله فلا يجتمع البدل الخ فلو اخذها احدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل

من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث المالية في حق المرتهن ع (قوله لانه توكيل الخ
لان الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء اوثق فكان بالجواز احق
تعليق الوكالة بالشرط لكنها اسقاط والاسقاطات تقبل التعليق وهذا لانه كان ممنوعا عن التصرف
في العين لحق المالك فاذا وكله فقد اسقط حقه ك

(قوله كالوكيل بالخصومة الخ اى اذا وكل المدعى عليه بالخصومة بطلب المدعى لا يملك عزله بغير محضر
من الخصم لانه تعلق به حق المدعى ك (قوله لانه لازم الخ اى لان عقد الوكالة صار لازما بلزوم اصله لكونه
مشروطا فى عقد الرهن ملزوم اصله فكذا لزم وصفه وهو الاطلاق حيث لم تقيد بالنقد ليس عن النسيئة
(قوله انما يبطل لحق الورثة كما فى سائر الوكالات تبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك الى
(قوله فيبقى بحقوقه الخ المفرق الحبس، الاستيفاء والوكالة ﴿ ٤٣٥ ﴾ والايصاء اللزوم
وحق بيع ولد الرهن وحق
صرف الدراهم بالدنانير ك
(قوله ان يبيعه الخ وان
باعه بغير اذنه توقف على
اجازة صاحبه فان اجازه
جاز ويكون الثمن رهنا
وان لم يجزه لا يجوز البيع
وله ان يبطله ويعود رهنا ع
(قوله اجبر على بيعه
وكيفية الاجبار ان يحبسه
القاضى اياما ليبيع فان لم
يبع بعد الحبس اياما
فالقاضى يبيع عليه وهذا
على اصلهما ظاهر واما على
اصل ابى حنيفة فكذلك عند
البعض لانه تعين جهة البيع
لقضاء الدين ههنا وقيل لا
يبيع كما لا يبيع مال المديون
عنده لقضاء الدين ولا يفسد
البيع بهذا الاجبار
لانه اجبار بحق فصار
كالاختيار ك (قوله وكذلك
الرجل الخ اى رجلان
بينهما خصومة فوكل المدعى
عليه رجلا بخصومة بطلب
المدعى فغاب الموكل وابى
الوكيل ان يخاصمه فانه
يجبر ك (قوله بخلاف
الوكيل بالبيع فانه
لا يجبر لو امتنع عن البيع
لان الوكيل بالبيع اذا امتنع
البيع لا يتضرر به الموكل لانه يتمكن من البيع بنفسه واما العدل اذا امتنع عن البيع يتضرر به المرتهن
لانه لا يتمكن من البيع بنفسه ك (قوله اطلاق الجواب فى الجامع الخ حيث قال فيه اذا ابى الوكيل
من غير فصل بين ان يكون مشروطا فى العقد او لم يكن وكذا ذكر فى الاصل مطلقا ع

حق المرتهن وفى العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب ...
(ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع
نسيئة لم يعمل نهيه) لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا (وكذا اذا
عزله المرتهن لا ينعزل) لانه لم يوكله وانما وكله غيره (وان مات الراهن
لم ينعزل) لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة
وحق المرتهن مقدم قال (وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما
يبيعه فى حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته)
لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه (وان
مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة
لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن ابى يوسف
ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصى كالمضارب
اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما انه
لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجرى
فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتهن ان يبيعه
الا برضاء الراهن) لانه ملكه وما رضى ببيعه (وليس للراهن ان يبيعه الا برضا
المرتهن) لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه
بالبيع قال (فان حل الاجل وابى الوكيل الذى فى يده الرهن ان يبيعه والراهن
غائب اجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه (وكذلك الرجل يوكل
غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة) للوجه
الثانى وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع
بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يبيع
بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر
اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر نظرا الى الوجه الثانى وهذا اصح وعن
ابى يوسف رح ان الجواب فى الفصلين واحد ويؤيده الاطلاق
فى الجامع الصغير وفى الاصل (واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن
والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد)

(قوله وان كان الخ جواب اشكال مقدر وهو ان يقال ان قيمة العبد ضمان الدم بدليل انه ينقص
عن دية الحر فاذا كان ضمان الدم والدم ليس بمملوك له ولا يصح رهنه فكذلك بدله واستحقاق
المالك اياه لا يدل على انه ضمان المال كالدية فالجواب وان كان بدل الدم فان المالك يستحقه

(كان مفروضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن
لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم
القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم
فله حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله
عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال (وان باع العدل الرهن
وادى الى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء
ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذى اعطاه وليس له ان يضمنه غيره)
وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما
ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه
غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم
غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم
فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع ايضا لانه
ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل
بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له
فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع
المرتهن عليه بشىء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه
تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ
بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا
تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل
الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو
ان يكون قائما في يد المشترى فللمستحق ان ياخذه من يده لانه
وجد عين ماله ثم للمشترى ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد
فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما
اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن
بالقيمة لانه هو الذى ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه

باعتبار انه ضمان مالية فله حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى بخلاف الدية لان الضمان فيه لا يستحق باعتبار المالية اذ ليس فيه ثبوت المالية وههنا المالية متحققة وهي حق المالك فبالقتل يتلف حقه فاخذ بهذا الاعتبار حكم ضمان المال وان كان بدل الدم ك (قوله وليس له اى ليس للعدل ان يضمن المرتهن غير الثمن الذى اداه اليه ع (قوله ففى الوجه الاول اى فيما اذا كان المرهون المبيع هالكا ع (قوله وصح الاقتضاء اى قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه ك (قوله وصح الاقتضاء اى استيفاء المرتهن الثمن بدينه ك (قوله فاذا تبين انه ملكه اى ملك العدل لم يكن راضيا اى لم يكن العدل راضيا باداء الثمن الى المرتهن ك (قوله فله اى فللعدل ان يرجع بالثمن الذى اداه الى المرتهن على المرتهن ك

(قوله وانما اداه الخ اى انما ادى المشترى الثمن الى العدل ليسلم للمشترى المبيع ولم يسلم
ع (قوله لانه هو الذى الخ اى لان الراهن هو الذى ادخله في هذه الورطة فاذا ضمن بفعل باشر لاجله
كان له ان يرجع عليه بما ضمن ع

(قوله فبقي الضمان على المؤكل والمراد بالمؤكل المرتهن وسماه مؤكلا لان البيع وقع لاجله وبالعدل [illegible]
او المؤكل الراهن وبالضمان الدين (قوله لانه لم يتعلق الخ اى لان التوكيل بعد العقد [illegible]
الراهن خاصة دون حق المرتهن الا ترى ان المرتهن لا يملك مطالبة هذا الوكيل بالبيع ولا [illegible]
من عزله واذا وقعت الوكالة خاصة لحق الراهن لم يثبت الرجوع على غيره وصار كمن وكل رجلا [illegible]
وان يقضى [illegible] ثم لزمه ضمان لم يرجع على المقضى [illegible]
المشروطة فى الرهن لانها لحق المرتهن بدلالة انه يملك المطالبة بالبيع ويمنع الراهن من العزل فاذا وقع البيع فى حقه وسلم له غرضه جاز ان يلزمه الضمان كذا ذكره القدورى فى شرحه ع (قوله متعد فى حقه اى متعد فى حق المستحق اما الراهن فبتسليم الرهن الى المرتهن واما المرتهن فبالقبض فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب ان يضمن له ايهما شاء ع (قوله فلانه مغرور الخ والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان كما يرجع المستاجر على المؤجر والمودع على المودع ك (قوله فلانه انتقض الخ اى اما الرجوع بالدين لم يصر مستوفيا لدينه بهلاك الرهن لان الرهن لم يكن ملك الراهن ع (قوله متاخر الخ ولا يشكل ان راس مال المضاربة اذا استحق وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضارب بقناعة وان كان الملك متاخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك (ب) متاخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم [illegible] نشاء العقد بعد الرجوع فصلحت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء ع (قوله [illegible] الوجه الاول يعنى ما اذا ضمن المستحق الراهن ع (قوله طولنا الكلام الخ فيه [illegible] مراده [illegible] المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن ع

واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشترى سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على المؤكل وان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع كما فى الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقضى بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال هكذا ذكره الكرخى وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وان مات العبد المرهون فى يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن) لان كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم او بالقبض (فان ضمن الراهن فقد مات بالدين) لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن عليه والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فى كفاية المنتهى والله اعلم بالصواب

قوله باب التصرف الخ لما كان التصرف فى الرهن بعد ثبوت الرهن وكذلك الجناية على الرهن وجناية الراهن
من غيره ذكره عقيب مسائل الرهن لان كل ترتيب يجب طبعا يجب وضعا للمناسبة ع (قوله فالبيع موقوف
سبب بسط محمد فى بيع المرهون فى بعض المواضع قال باطل وفى بعضها قال فاسد ومعناه سيبطله وسيفسده
ببين اذا طلب المشترى التسليم واى المرتهن فى بعض المواضع قال موقوف وهو الصحيح ع (قوله فيتوقف
وروى عن ابى يوسف ﴿ ٤٣٣ ﴾ فى الامالى ان البيع نافذ حتى ان المشترى لو اعتقه قبل القبض ينفذ
عتقه واذا لم يعتقه المشترى بقى رهنا عند المرتهن فيستوفى المرتهن دينه قال وهذا قول ابى يوسف الاول وقوله الآخر مثل ما ذكر فى الكتاب اى فى الجامع ووجه ما روى عن ابى يوسف ان الراهن يتصرف فى خالص ملكه لان البيع تصرف موضوع لنقل الملك والملك له ولهذا لو اعتقه نفذ عتقه فكان البيع نافذا لان حق المرتهن يفوت الى خلف وهو الثمن ع (قوله لا اليه اى لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضى ع (قوله فانه يتخير الخ فان المشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع الآبق وان شاء رفع الامر الى القاضى ليفسخ بحكم العجز عن التسليم ك (قوله البيع الثانى الخ وانما خص اجازة البيع الثانى لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هى وباجازة البيع الثانى لا يصح البيع الاول وان كان سابقا

﴿باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

(واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف فى ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فان اجاز المرتهن جاز) لان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل فى المحل (واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا (وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ فى رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ (وفى اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفا فان شاء المشترى صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى وللقاضى ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثانى موقوف ايضا على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو اجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى ولو باع الراهن ثم آجر او وهب او رهن من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل

ويصح هو ع (قوله هذه العقود اى الاجارة والرهن او الهبة دون البيع والاصل ان تصرف الراهن فى الرهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازة المرتهن واذا اجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه فان كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ باجازة المرتهن التصرف الذى لحقته الاجازة وان كان تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن فبالاجازة يبطل حق المرتهن فيكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن وان كان المرتهن اجاز اللاحق ك

المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت ... اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال (واذا اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين) لانه لو طولب بالقيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين) لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين) الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال وتأويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فسنذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق (لانه)

(قوله وفي بعض اقوال الشافعي الخ) ذكر اقواله بلفظ الجمع لان له اقوالا ثلاثة في قول واحد ... وفي قول آخر لا ينفذ الخ ك (قوله لان في تنفيذه الخ) اي لانه تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال فيكون مردودا كالبيع بل اولى لان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق ... بيع الراهن رعاية حق المرتهن فلأن لا ينفذ اعتاقه اولى ك (قوله لان الاجارة الخ) لان المنافع ... ملحقة بالاعيان في حق قبول العقد والضمان والمولى بالاجارة باع منافع العبد مدة معلومة ثم اعتقه فيبقى الاجارة كما اذا باع بعض العبد ثم اعتق الباقي اما الحر فلا يقبل الرهن فلا يبقى بعد العتق فافترقا (قوله لقيام المقتضي) وهو سبب الملك كالشراء والارث ونحوها فكان الملك ثابتا للراهن رقبة ويدا وزال الملك يدا بالضرورة عارض الرهن والضرورة تندفع بازالة ملك اليد فيكون ملك الرقبة باقيا كما كان وملك الرقبة كاف لصحة الاعتاق كما في الآبق والمغصوب وغيره وقوله تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق فقضية الحقيقة تستدعي النفاذ وقضية الحق تستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على جانب الحق لانها اقوى ك (قوله لا ينبئ عن زواله) لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو مذهبنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن فاذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق ... (قوله لان ملك الرقبة اقوى) اي من حق المرتهن لان له ملك اليد والرقبة ولهذا ملك اليد ... لم يمنع الاقوى الاعتاق فلأن لا يمنع الادنى اولى ك (قوله وامتناع النفاذ الخ) دفع ... مجرد تعلق حق المرتهن لم لا يكون مانعا من نفاذ العتق كما يمنع نفاذ البيع والهبة ...

لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق منه وعندهما التكميله بعد يسعى فى ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة اوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والاعسار وفى العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا فى حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشترى قبل القبض اذا اعتقه المشترى حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابى يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع فى الحبس ادنى لان البائع لا يملكه فى الآخرة ولا يسترق من جنسه وكذلك يبطل حقه فى الحبس بالاعارة من المشترى والمرتهن يستلب حقه ملكا لا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو اقر المولى برهن عبده) بان قال لمرتهنه رهنتك عبد فلان (وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية) عندنا خلافا لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق فى حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله (ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق) لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب فى جارية الابن فيصح بالاعلى (واذا صحا خرجا من الرهن) لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما (وان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) على التفصيل الذى ذكرناه فى الاعتاق (وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد فى جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اداياه من مال المولى والمعتق

(قوله تكميله يعنى وان اعتق عندهما لكن فى عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا اداها كمل العتق ع (قوله فصار كمعير الرهن يعنى ان الراهن بالاستعارة اذا عجز عن فكاك الرهن فافتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير لانه قضى دينه مضطرا ع (قوله لان الثابت الخ اى الثابت للمرتهن فى الرهن حق الملك لا حقيقة الملك وذلك بثبوت يد الاستيفاء والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا الى ان يقضى الراهن دينه وهذا الثابت ادنى حالا من حقيقة الملك الذى هو ثابت للشريك الساكت فلما كان كذلك اوجب ابو حنيفة السعاية هنا اى فى اعتاق الراهن فى حالة واحدة وهى حالة الاعسار اظهار النقصان مرتبة حق المرتهن عن مرتبة الشريك الساكت فان للساكت حقيقة الملك فى العبد ولذلك وجب السعاية فى الحالين ع (قوله حيث لا يسعى الخ اى ليس للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان هو محبوسا عنده قبل التسليم بالثمن كما ان المرهون محبوس عند المرتهن بالدين ع (قوله لانه حال الخ اى لانه اقر عليه فى حال لا يملك رقبته ولا يملك تعلق الدين بها فلم يصدق ع (قوله فظاهر لان العتق صحيح والتدبير يحصل حق العتق فاولى ان يصح حينئذ به (قوله خرجا من الرهن وهذا عندنا واما عند الشافعى فالمدبر لا يخرج لانه قابل لما هو حكم الرهن عنده وام الولد تخرج لانها لا تقبل حكم الرهن فانه لا يجوز بيعها بالاعتاق والفرق له بين الاستيلاد والاعتاق ان الامومية انما تثبت بالنسب وانه لا يتوقف عنده على الدعوة بل يثبت بنفس الوطى وانه ليس بممنوع عنه فان الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون ولا يصح الحجر عن الوطى لحق المرتهن لانه عسى ان لا تعلق فصح الاستيلاد فلا يتوقف على اذن المرتهن بخلاف الاعتاق فانه يوجب بطلان حق المرتهن لا محالة فيمتنع منه بدون اذنه ك

(قوله فيفتك الخ لان الدين المؤجل لايجب قضاؤه وانما يجب رده من الرهن الى يد المرتهن فيتقدر ويرد العوض بقدر مافوت من المعوض فاما اذا كان الدين حالا فالقضاء اجب من مال الراهن وكسبه ملكه فيستسعى فى كله ك (قوله وكذلك الخ اى الجواب فى الاستهلاك كالجواب فى الاعتاق يعنى اذا كان الراهن موسرا وجب مالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه متى يحل الدين ن (قوله والدين

يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على مامر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى العبد فى قيمته قنا لانه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المعسر وقد قضى عليه بالسعاية اولم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن فى يد المرتهن لقيامه مقام العين (فان استهلكه اجنبى فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا فى يده) لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم فى الخمسمائة الزيادة كأنه هلكت بآفة سماوية والمعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه اتلف ملك الغير (وكانت رهنا فى يده حتى يحل الدين) لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن) لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال (واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك فى يد الراهن هلك

الخ معطوف على قوله فيما مر من ان كان الدين حالا الخ وترتيب عبارة مختصر القدورى والهداية هكذا وان اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه متى يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد فى قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى ت (قوله والمعتبر الخ جملة معللة وللواو قد تدخل عليها تقرير التعليل ان المعتبر فى ضمان الرهن قيمة الرهن يوم القبض لا يوم الفكاك حتى اذا كان قيمته يوم القبض الفا ويوم الفكاك خمسمائة سقط من الدين خمسمائة ويفتك الرهن بقيمة يوم الفكاك ع (قوله وهو مضمون الخ جواب اشكال وهو ان يقال لو سقط الدين بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر تاثير فى اسقاط شئ من الدين كما اذا رده الى

(بغير)

الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فاجاب بانه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر (قوله لمنافاة الخ لان الضمان لو كان باقيا انما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن وبقاء يد المرتهن انما يتحقق ان لو كان يد الراهن يد المرتهن وهذا غير ممكن لان قبض المرتهن قبض مضمون وقبض الراهن غير مضمون وبين كونه مضمونا وغير مضمون منافاة فلا ينوب غير المضمون عن المضمون ك

مير ش) لفوات القبض المضمون (وللمرتهن ان يسترجعه الى يده) لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى الحال الاترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الاترى ان حكم الرهن ثابت فى ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقى عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض فى عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبى اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ (ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ فى العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك فى حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا فى حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضى الى المنازعة (ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه) لان التقييد مفيد وهو ينفى الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفى النقصان ايضا لان غرضه ان يصير

قوله مبرعن لا يقال بان يد الراهن بالاستعارة يجعل يد امانة فى حقه ويد ضمان فى حق المرتهن كما فى مسئلة العدل فان يد العدل يد امانة فى المالية ويد ضمان فى حق المرتهن فكذا هنا لانا نقول لا يمكن جعل يده يد امانة وضمان الرهن باعتبار القبض لان القبض قد انتقض وانما يجعل باقيا حكما باعتبار اليد حكما اذا امكن جعل يد الراهن يد المرتهن وذلك غير ممكن لمنافاة بين اليدين لان يد المرتهن يد الحبس عن المالك ويد العارية يد الاستعمال للمالك ﴿ ٤٣٧ ﴾ وبين الحبس عن المالك وبين ثبوت يد الاستعمال للمالك تناف ولا يتحقق هذه المنافاة فى مسئلة العدل لان يد العدل يد حبس عن المالك كما ان يد المرتهن يد حبس عن المالك فلذلك افترقا ك (قوله وهذا بخلاف الاجارة الخ قال الشراح وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة انتهى ت (قوله وهى مخالفة ليد الرهن لان يد العارية غير مضمونة وقبض الرهن مضمون فاذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان ك (قوله لما بيناه يعنى فى صورة العارية ثم انهما ان اختلفا فى وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة على الراهن ع (قوله وهو قضاء الدين الخ فانه لو استاذن ان يقضى دينا عليه بماله كان صحيحا وكذا اذا تبرع انسان بقضاء دين غيره فاذا جاز ان يثبت له ملك اليد والعين بايفاء غير المديون من ماله بطريق التبرع يجوز ان يثبت له ملك اليد بالرهن ايضا ك (قوله ويجوز الخ يعنى ان قيل ان الاعتبار غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب ان الافتراق غير مانع لعدم استلزام الصحة للافتراق فانه يجوز ان ينفصل الخ ع (قوله والاطلاق واجب الخ يعنى اذا اطلق الاعارة فى الرهن ولم يسم ما يرهنه به بعشرة او تسعة او بدراهم او بدنانير او يرهنه من زيد او عمرو كان للمستعير ان يعمل بموجب الاطلاق ك (قوله خصوصا فى الاعارة لان مبناها على المسامحة فلا يجرى فيها المضايقة والجهالة فيها لا تفضى الى المنازعة فان من استعار دابة له ان يركب بنفسه وله ان يركب غيره وله ان يحمل عليه ما شاء ك

(قوله لتيسر البعض بالاصابة اى البعض يرجع الى العيب الجنس اى قد يتيسر على المعير او على المستعير اداء جنس دون جنس وتفاوت الاشخاص فى الامانة يرجع الى التقييد بالمرتهن وقوله والحفظ اى ا قيده بمثله (قوله وقد بيناه فى الاستحقاق اى فى استحقاق الرهن قبل هذا الباب ك (قوله ووجب مثله اى مثل ما عند الراهن هلاك الثوب ك (قوله ووجب مثله اى مثل ما تم الاستيفاء بالهلاك وهو مقدار الدين لمعير لا ... قيمة الثوب اى كان اكثر لان الزيادة على قدر الدين الهلاك فيما بعد ... وافق المستعير المعير فيما شرط عنايه (قوله على ما بيناه اى لانه صار قاضيا هذا القدر من الدين بما له والجزء معتبر بالكل كافى (قوله لما بيناه وهو قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ك (قوله فاراد المعير الخ اى اراد ان يفتكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن ك (قوله جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعنى جبرانا لما فات من الراهن من القضاء بنفسه ع (قوله ولو اختلفا فى ذلك اى فى كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة للمعير لانه يدعى عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بعينه ثم ادعى ما يسقطه وهو الفكاك فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب اجيب بان موجب الضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك ع (قوله كما لو اختلفا الخ هكذا وقع فى النسخ ولكن الصواب ولو اختلفا فى مقدار ما امره مكان كما لان فى اصله لا يختلف الغرض اذ فى الاول القول للراهن وهو المستعير وفى الثانى القول قول المعير فكيف يصح التشبيه الا ان يقال التشبيه فى الانكار من غير نظر الى كون المنكر معيرا او مستعيرا ك

مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك يرجع عليه (وكذلك ان عينه له جنسا او بالمرتهن او بالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص فى الامانة والحفظ (واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن) وقد بيناه فى الاستحقاق (وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به (ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فيجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبى اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه (ولو اختلفا فى ذلك فالقول للراهن) لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين (كما لو اختلفا فى مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير) لان القول قوله فى انكار اصله فكذا فى انكار وصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك فى يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة

(سواء)

يعني لما بين الاشارة إلى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه بقوله لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة اه (قوله فيما سلمه الخ) يعني ان الدين الموعود كالموجود فلو كان الدين موجودا وهلك الرهن في ضمان المرتهن يسلم للراهن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين وفي الموعود إذا هلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن ما يضمن من الدين فإذا استوفاه من المرتهن وهو مالية الرهن سواء يصير الراهن مستوفيا مالية الرهن بطريق الاستيفاء وفي فصل ﴿٤٣٩﴾ السلامة بواسطة البراءة يرجع المعير بمثله على الراهن فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء اه (قوله لان الحق الخ) أي حق المرتهن تعلق بمالية الرهن برضاء المعير وقد استهلكه بالاعتاق فصار كما استهلكه بالاتلاف وهو في هذا الحكم كأجنبي آخر فيضمن قيمته ثم يرده على المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو أخذ المعير الرهن من المرتهن ثم استرده المرتهن كان رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فإذا قبض يرده على المعير كذا هنا اه (قوله برقبته) أقول كان الحق في التعليل أن يقال لان الحق تعلق بماليته وقد أتلفها بالاعتاق إذ لا شك ان المراد بالحق المذكور في التعليل إنما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته اه (قوله لان استرداد القيمة الخ) يعني ان المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين على المعير فكذلك رد قيمته اه (قوله فانه كان أمينا الخ) فان قيل أليس ان المستعير إذا خالف بمجاوزة المكان لا يبرأ عن الضمان ما لم يصل العين إلى المالك وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرأ من الضمان قبل وصول المال إلى صاحبه قلنا ثمة يد المستعير يد نفسه فبالعود إلى المكان المشروط لا يصير رادا للعين على المالك لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع لان يده كيد المالك فبالعود إلى الوفاق يصير رادا عليه وما نحن بصدده نظير مسئلة الوديعة لان تسليمه إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا ويستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا يبرأ به من الضمان اه

(وهو بعض قدر الموعود المسمى) بما يساويه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن) لانه لم يستوفه (وإن شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق (ويكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا كان قد رهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك بوقوع الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث وبعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبدا يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال (وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر) وهذا عند أبي حنيفة وقالا جنايته

(قوله مايوجب المال وهي ما اذا كانت الجناية خطاء في نفس اوفيما دونها اما المسئلة الرجعية (؟) المعتبرة اما على المرتهن فلايشكل واما على الراهن فلانه مستحق به دمه والمولى من دمه كالمعنى (؟) آخر الاترى ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص لايصح وبالجناية الموجبة للمال يصح واقراره على نفسه بالجناية الموجبة للقصاص صحيح وبالموجبة للمال باطل ك (قوله اما اذا ورد له (؟)

الخ يعني ان وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن

هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا وجب عليه شيء لكان واجبا عليه له وذلك باطل ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان واجاب عنه المصنف به في الكتاب بقوله بخلاف الخ ع (قوله بخلاف جناية المغصوب فانها تعتبر عند ابي حنيفة مع ان المغصوب مضمون على الغاصب كما ان المرهون مضمون على المرتهن لان الملك الخ ك (قوله حصلت على غير مالكه اذ المرتهن غير المالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما اذا حصلت على اجنبي فان قيل مالكيته محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب عنه بقوله وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان يسقط حقه في الدين فان ابقاه رهنا او جعله بالدين لايثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يتركه لطلب الجناية ويبقى رهنا كما كان ع (قوله فائدة لان موجب اعتبار الجناية الدفع الى المجني عليه وللمرتهن غرض صحيح في تملك العبد وان سقط دينه موجب ان يعتبر وربما يكون بقاء الدين مع انهدام الفداء فعله من اثبات الخيار له توفير النظر عليه ك

على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس مايوجب المال اما اذا وجدت فلانها جناية المملوك على المالك الاترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لااطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لاتعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لافائدة في اعتبارها لايتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لاتعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولايرجع على الراهن بشيء) واصله ان النقصان من حيث السعر لايوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لايعتبر في البيع حتى لايثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لايجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من

(قوله ارتعون الخ) دليل آخر اي لايمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا للالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل مرهون وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المالية ويبقى تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان صورة المسئلة مهما ثلاث تراجع قيمة الرهن من الف الى مائة مع امام عينه حاله وقتل الحر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون فدفعه رهنا به

الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت ومعه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الراهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا مائة ويبقى تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعين لانه لا يؤدي الى الربوا قال (وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا قال (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف (وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله) وقال زفر يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن

واقوال العلماء فيها ايضا ثلثة اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما بجميع الدين بلا خيار وقول محمد في الاولى كقولهما وفي الثالثة بالخيار بين ان يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما يذكره وقول زفر ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد ان الراهن يفتكهما بالمالية ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان التسعمائة ساقط عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن ملك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب ع (قوله لانه يؤدي الى الربوا) لان المائة لا يجوز ان يكون بمقابلتهما اكثر من مائة فلذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة فلهذا لو كان القاتل عبدا قيمته مائة فدفع مكانه يكون رهنا بالف درهم كالاول عندنا على ما يجيء لان ذلك يجوز ان يكون بمقابلة الف درهم شرعا فكذلك محبوسا بالدين ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماليته بان يزداد قيمته حتى ان الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير فانه يبقى جميع الدين باعتبار ولانه يتوهم استيفاء الدين جميعا منه بان يعز الدنانير حتى يبلغ قيمة عشرة الدنانير الف درهم ك

أمانة عنده فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلى وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع) لانه لا يملك التمليك (ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشىء من الفداء) لان الجناية حصلت فى ضمانه فكان عليه اصلاحها (ولو ابى المرتهن ان يفدى قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية) لان الملك فى الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه (فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين) لانه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك (وكذلك ان فدى) لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء فى الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شىء من الدين كما لو هلك فى الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان ابى قيل للراهن بعه فى الدين الا ان يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا فى الفداء (وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه) لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى (فان فضل شىء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لان الرقبة استحقت لمعنى هو فى ضمان المرتهن فأشبه الهلاك (وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد

(وما فضل)

(قوله ولو كان العبد الخ هذا التكرار لا محالة لان وضع المسئلة فى الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن اى نقص عن قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف ت (قوله فضمان الجناية على المرتهن يعنى اذا كانت القيمة والدين سواء او اذا كانت القيمة اكثر فبانى وانما كانت الجناية عليه لان العبد فى ضمانه ع (قوله على المرتهن وانما يبدأ بالمرتهن لانا لو خاطبنا الراهن من الابتداء بدفع الدفع فيمنعه المرتهن من ذلك لان له ان يقول انما افدى حتى اصلح رهنى ك (قوله فصار كالهلاك الجامع زوال ملك الراهن عن الرهن فى ضمان المرتهن ك (قوله بعوض كان على المرتهن) اذا كان على المرتهن فقد اداه الراهن فيجب للراهن على المرتهن مثل ما ادى الى ولى الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون الراهن متبرعا فى اداء الفداء لانه يسعى فى تخليص ملكه كمعير الراهن ك وحق ولى الجناية بالجر عطف على دين المرتهن يعنى ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولى الجناية ايضا حتى لو جنى العبد المديون دفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتى فى الديات كذا فى العناية تبعا للنهاية وقال فى الكفاية ومقدم على ولى الجناية لانه وان دفع على ولى الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر ل (قوله لتقدمه على حق المولى اى لتقدم دين العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية وولى الجناية فى ملك العين ع

رضى به والدفع لايجوز الخ لان الدفع تمليك وهو لايملك التمليك والمراد به اى الراهن دفع ورضى به المرتهن ك (قوله فان تشاحا بان قال المرتهن انا افدى وقال الراهن انا ادفع او على العكس ك (قوله فلانه ليس الخ اى لان الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن والمرتهن لايسقط حق الراهن بل يحفظ عليه من غير ضرر بالراهن فكان اختيار الفداء اولى ك (قوله وله فى الفداء غرض صحيح وهو زيادة التوثيق لاستيفاء دينه ك (قوله اما الراهن الخ اى لو قال الراهن انا افدى وقال المرتهن انا ادفع فليس الدفع الى المرتهن ولا فائدة ايضا فى اختيار المرتهن الدفع لانه يسقط دينه بالدفع وفى الدفع اسقاط حق الراهن فى الرقبة وله غرض صحيح فى استبقاء الرقبة بالفداء فكان فى اختيار المرتهن الدفع تفويت غرض الآخر من غير فائدة فلا يعتبر ك (قوله لانه يمكنه الخ اى لانه كان يقدر ان لايلتزم الفداء حتى يخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه صار متبرعا ك (قوله وهذا على ما روى الخ فى المبسوط ابو حنيفة يقول المرتهن احد من يطالب بالفداء فى هذه الحالة فلا يكون متبرعا فيه كالراهن وهذه النكتة تقتضى ان لايكون متبرعا حالة الحضور ايضا وروى عنه على عكس هذا انه لايصير متبرعا حالة الحضر ويكون متبرعا حالة الغيبة لان المرتهن لا يخاطب بالدفع حال غيبة الراهن ولا يمكنهم الاخذ منه فيكون متبرعا فى الفداء وحالة الحضرة فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع او الفداء فلا يتوصل الى الحبس الا بالفداء فلا يكون متبرعا كصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى العلو عليه لايكون متبرعا فكذا هذا ك (قوله وسنبين القولين اى قول ابى حنيفة وقول مخالفه وهو ما ذكر بعد هذا بخطوط فى قوله ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهو قول ابى حنيفة الخ ك

وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل استوفاه) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان دين العبد لايفى بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقى على احد حتى يعتق العبد) لان الحق فى دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا ادى بعده لايرجع على احد) لانه وجب عليه بفعله

(وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه) لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء فى المضمون على المرتهن وفى الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لايجوز فى الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضى به

(وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدى راهنا كان او مرتهنا) اما المرتهن فلانه ليس فى الفداء ابطال حق الراهن وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا فى جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدى وذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله فى الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدى واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره

(ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الامانة حتى لايرجع على الراهن لانه يمكنه ان لايختاره فيخاطب الراهن) فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن ابى حنيفة انه لايرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى

(ولو ابى المرتهن ان يفدى وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه) لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقى لان الفداء فى النصف كان عليه فاداه الراهن وهو ليس بمتطوع فكان له الرجوع عليه فيصير قصاصا

(قوله وان كان غائبا لم يكن متطوعا ذكر الغيبة مطلقا وكذا في الايضاح والمبسوط وشرط في الاسرار ان يكون الغيبة منقطعة ك (قوله بالايفاء الحكمي لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حكما ك (قوله مازاد في عقد الرهن وهذا كالراهن اذا باع لا ينفذ بيعه لحق المرتهن وان قضى الراهن دينه ينفذ البيع ك (قوله محل هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في اواخر الكتب سما

بعينه كانه اوفى حصة بقضاء الغير رهنا بما قضى (وان كان المرتهن ادى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر المرتهن متطوع في الوجهين لانه قضى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مطالبته فاذا قضاه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مطالبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه (وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه) لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره (وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه) لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيعه في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

(فصـــــــل) قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة) لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار

(يساوى)

اذ هو استدراكا لما فات فيما سبق ت (قوله ثم صار خلا يساوي عشرة ولم ينقص مقداره وان نقص سقط من الدين بقدره ولا يعتبر نقصان القيمة لان الفائت مجرد الوصف وبهذا ان في المكيل والموزن لا يسقط شئ من الدين عندهم ع (قوله فهو رهن بعشرة ذكر صاحب المحيط هذا اذا لم ينقص من الوزن شئ فاما اذا نقص سقط من الدين بقدر النقصان ويكون هو رهنا بما بقي من الدين وقوله ثم صار خلا يساوي عشرة هذا القيد وقع اتفاقا لان انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين اذا بقي القدر على حاله كما لو انكسر القلب وبقي الوزن على حاله ك (قوله فهو محل له بقاء لقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فكذلك تخلف عن هذا الاصل ع (قوله يبقى العقد وذلك لان الخمر مال الا انه ليس بمتقوم فبالنظر الى جهة المالية يقتضي المحلية وبالنظر الى انه ليس بمتقوم يقتضي انعدام المحلية فعملنا بالشبهين فقلنا بانه ليس بمحل ابتداء وانه محل بقاء ولم نقل بالعكس لان ما يكون محلا للابتداء فهو محل فان البقاء أسهل من الابتداء فلا يمكن اعتبار الشبهين ك

يساوى درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا مضى بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من منع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف) لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه (فان هلك يهلك بغير شيء) لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها (وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل سقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن بما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك) اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر (ولا يسقط شيء من الدين) لانه اتلفه باذن المالك (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن) لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله

(قوله حق لازم الا ترى ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية الى الولد ولا يتبع امه فيه لان الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بابطاله بالفداء مل (قوله بحصته اي بحصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والتبع اذا صار مقصودا يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى اذا هلكت الام قبل القبض وبقي الولد كان للمشتري ان يأخذ الولد بحصته من الثمن ولو هلك قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن زيلعي (قوله لما ذكرنا اي لكونه مقصودا بالفكاك وتفسيره اذا كانت قيمة الاصل الفا والولد يساوي الفا فالدين نصفان في الظاهر فان مات الولد ذهب بغير شيء ويبقى الدين بازاء الام وان ماتت الام وبقي الولد فان افتكه افتكه بنصف الدين وان هلك الولد بعد موت الام ذهب بغير شيء وذهب كل الدين بموت الام ك (قوله فيصح تعليقها بالشرط يريد بالشرط قوله فما حلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها ع (قوله لانه اتلفه الخ ولو فعل ذلك بغير اذن الراهن وجب عليه الضمان فيكون رهنا عند المرتهن محبوسا بالدين مع الشاة وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير اذن المرتهن ضمن قيمته ويكون القيمة رهنا عند المرتهن مع الشاة مع التقييد بالشاة انما يظهر فائدته في باب الضمان فيما اذا اخذهما بغير اذنه حتى ان المرهون لو كان امة فارضعت صبي المرتهن بغير اذن الراهن لم يحسب به لان لبن الآدمي لا ثمن له ك (قوله اخذه المرتهن الخ لان اتلاف المرتهن انتقل الى الراهن لما كان باذنه وصار الراهن مستردا لما اتلفه المرتهن كاف

وكذلك جميع التماره التى بحثت على هذا القياس قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولاتجوز في الدين) عند ابي حنيفة ومحمد ولايصير الرهن رهنا بها وقال ابويوسف تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي لاتجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الاترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين الفا وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولامعقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم مافي الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لانه جعله زيادة مع الولد دون الام (ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى

(قوله وتجوز الزيادة الخ مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بعشرة جاز عند علمائنا الثلاثة ع (قوله ولا تجوز في الدين صورة الزيادة في الدين هو ان يزيد دينا على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا بالدينين وهو غير جائز زيلعي (قوله لاتجوز فيهما لانه يؤدي الى الشيوع لانه لابد للرهن الثاني من ان يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الاول بقدره من ان يكون ﴿ ٤٤٦ ﴾ رهنا او مضمونا وذلك ... والشيوع يفسد الرهن زيلعي (قوله كالثمن الخ حتى يكون الرهن محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن ثم الزيادة في الرهن ملحقة باصل العقد فكذا الزيادة في الدين كالزيادة في المبيع والثمن ك (قوله والالتحاق الخ يعني ان الالتحاق باصل العقد في المعقود عليه او المعقود به والدين ليس بمعقود عليه وهو ظاهر ولامعقود به لان المعقود به مايكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن فلايمكن اثبات الزيادة فيه ملتحقة باصل العقد واما الرهن فمعقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى محبوسا بعد عقد الرهن فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلتحق باصل العقد والثمن يجب بالعقد فيكون معقودا به فوضح الفرق ك (قوله واذا ولدت الخ يعني اذا رهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا ثم زاد عبدا فقال الراهن رهنتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لان العبد دخل في ضمانه يوم القبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة لانها ملحقة بالولد في الحكم ع

(قوله ما دام الدين باقيا) احتراز عن الابراء فان الضمان بالابراء يرتفع وان لم ينقض القبض بالرد الى الراهن حتى لو هلك يهلك بغير شئ ك (قوله فان الجياد امانة في يده الخ) لا يقال بان حقه في الجياد دون الزيوف فينبغي ان يكون الزيوف امانة دون الجياد لانا نقول المقبوض الزيوف اولا وقع الاستيفاء لاصل حقه وانما فات الوصف ولهذا لو تجوز به يتم الاستيفاء واذا حصل بقبض الزيوف اصل الاستيفاء تكون الجياد امانة ضرورة كيلا يتكرر الاستيفاء ك ❁ ٧٣٣ ❁ (قوله على ما بيناه من قبل يعني في صدر كتاب الرهن

(ولدها) لا الزيادة دخلت على الام قال (فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين (ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شئ استحسانا) خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم تبق له ولاية المنع (وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شئ في هذا كله ولم تضمن شيئا) لسقوط الدين كما في الابراء (ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء) ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا

في تعليل ان تمام الرهن بالقبض ع (قوله خلافا لزفر) قال زفر ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان بعد الابراء وقبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ع (قوله لان الرهن الخ) هذا تعليل جواب الاستحسان وبيان هذا ان ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان استيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار بقاء الدين وبالابراء عن الدين انعدم احد الوصفين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام احدهما الا ترى انه لو رد سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض واذا لم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهة الدين لم يبق الضمان ك (قوله الا اذا احدث الخ) يعني فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الابراء فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب عنه بقوله الا اذا احدث الخ ع (قوله لقيام الموجب) وهو الاستدانة وغيرها اما في الابراء لا ينعدم الموجب ايضا لكن وجد المنافي وهو الابراء وفي الايفاء وان بقي الموجب لكن لم يوجد المنافي لان الديون تقضى بامثالها لان الدين بعد ادائه باق على ذمة المديون ولهذا لو ابرأ رب الدين المديون عن الدين بعد الاداء يتمكن من استرداد ما ادى من الدين كذا في مبسوط خواهر زاده

هلك بتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالحه عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء

﴿ كتاب الجنايات ﴾

قال (القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار) لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجبه المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال (والقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال (الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب و[illegible] من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة

(قوله لانه) اي لان كل واحد من الشرى والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا ويهلك ان هلك في يده قبل الرد ع (قوله ويهلك بالدين) لانه بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا ك (قوله لانه في معنى البراءة [illegible]) الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عليه فكان ينبغي ان يكون بمعنى الابراء فيهلك امانة [illegible] ما اشار اليه من ان الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط [illegible] الخ ع (قوله او ما يرجع الخ) معطوف على قوله ما كان له الخ اي يزول بعقد الحوالة من ملك المحيل مثل ما يرجع المحتال عليه على المحيل مثل (قوله لانه بمنزلة الخ) تعليل لقوله يرجع عليه المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين من المحيل ك (قوله يهلك بالدين) وذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط واذا تصادقا على ان لا دين بقي ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فانه هلك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ك (قوله والنار) فانها تعمل عمل الحديد في الذكاة حتى انها وصلت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة وسال بها الدم حل وان انجسم ولم يسل الدم لا يحل ك (لان العمد الخ) اي اما اشتراط السلاح او ما يجري مجرى السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه اذ هو امر مبطن فاقيم استعمال الآلة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة زيلعي (قوله والقود) يعني القصاص معطوف على قوله المأثم اي وموجب القتل العمد المأثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطأ لكنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام الخ ع

نفس من يصلح للنسائل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فتعين
في خطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم
تصادي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا
وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطاء
فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط
بها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها
لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل
قال (وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح
ولا اجري مجرى السلاح) وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي
اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد
ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة
لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد
ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان
عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط
والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة
فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا
فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا
الصغيرة قال (وموجب ذلك على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد
في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطاء (والدية مغلظة على العاقلة)
والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على
العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي
الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى (ويتعلق
به حرمان الميراث) لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص
دون حرمان الميراث ومالك وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه

قوله زجرا وجبرا فان من قصد قتل عدوه فاذا تفكر في عاقبة امره انه اذا قتل قتل به انزجر عن قتله
فكان حياة لهما اى انزجارهما على الحياة واما جبرا فلانه اذا قتل به سلم حياة الاولياء فان القاتل يصير حربا على
اولياء القتيل وهو على نفسه منهم فهو يقصد افناءهم لازالة الخوف عن نفسه فالشرع حكم من قتله قصاصا دفعا لشره
عنهم واحياء الحق في دفع سبب الهلاك عنه ولما كان فيه حياة من الوجه الذي قلنا صلح جابرا لان الفايت بالقتل
الحاصل بالقصاص حياة مثل ﴿ ... ﴾ الاول (قوله وفي الخطاء الخ اى انما وجبت الدية في
الخطاء بخلاف القياس لان
القتل اعظم العقوبات
والخاطئ معذور فيتعذر
ايجاب المال عليه ونفس
المقتول محرمة لا يسقط حرمتها
بعذر الخطاء فوجب المال
صيانة للدم عن الهدر منه
على القاتل بان سلمت له
نفسه وللقتيل بان لم يهدر
دمه وشرع المال عند عدم
الامكان لا يدل على شرعه
عند الامكان الخ (قوله لقوله
عليه السلام الخ قلت اخرجه
الترمذي في الفرائض عن
ابي هريرة عن النبي صلى
الله عليه وسلم قال القاتل
لا يرث ت (قوله بما ليس
سلاح الخ سواء كان الهلاك به
غالبا كالحجر والعصا
الكبيرين ومدقة القصار
او لم يكن كالعصا الصغير ع
(قوله بما لا يقتل به غالبا
كالعصا الصغيرة اذا لم يوال
في الضربات واما اذا والى
فيها فهو عمد ع (قوله وله
قوله عليه السلام الا ان الخ
ابن ابي شيبة في مصنفه في
الديات عن الحسن قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم
قتيل السوط والعصا شبه عمد
فيه مائة من الابل ت (قوله الا ان قتيل الخ وجه الاستدلال انه عليه السلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد
فتخصيصه بالصغيرة ابطال الاطلاق وهو لا يجوز ع (قوله ولان الآلة الخ اى لان العصا الصغيرة والكبيرة
والحجر ونحوها غير موضوعين للقتل ولا مستعملين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله
الا استعمال على غرته يحصل القتل غالبا واذا تساويا القتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة

(قوله الخطاء على نوعين انما انحصر على هذين النوعين لان رميه السهم اى شئ مبنى بالقصد الذى هو فعلين فعل القلب وهو القصد وفعل الجارحة وهو الرمى فلو اتصل الخطاء بفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثانى كان هو النوع الثانى فلما انحصر فعل الرمى على هذين الفعلين انحصر الخطاء ايضا على هذين النوعين ضرورة (قوله غرضا بمعجمتين بينهما راء متحركة وهو الهدف اسمى يرمى اليه المختار (قوله قالوا المراد اثم القتل اى اثم قصد القتل

فاما القتل فى نفسه لا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت وهذا الاثم اثم القتل لان نفس ترك المبالغة فى التثبت ليس باثم وانما يصير به اذا اتصل به القتل فيصير الكفارة لنصب القتل وان لم يكن فيه اثم قصد القتل (قوله بخلاف ما اذا تعمد الخ متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ (قوله مثل النائم الخ لان هذا ليس خطاء حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ حتى يصير مخطيا لمقصوده ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل فيجعل كالخطاء لانه معذور كالمخطئ زيلعى (قوله فحكمه حكم الخطاء فى الشرع لكنه دون الخطاء حقيقة فانه ليس من اهل القصد اصلا وانما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه فى موضع يتوهم ان يصير

ما سميناه قال (والخطاء على نوعين خطاء فى القصد وهو ان يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء فى الفعل وهو ان يرمى غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى «فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله» الآية وهى على عاقلته فى ثلث سنين لما بيناه (ولا اثم فيه) يعنى فى الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما فى نفسه لا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد فى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال (وما اجرى مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء فى الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعى رح يلحق بالخطاء فى احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر فى غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا) اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد فلنفى شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد

(العمدية)

قاتلا والكفارة فى قتل الخطاء انما يجب لترك التحرز ايضا وحرمان الميراث لمباشرته القتل وبتوهم ان يكون متناوما ولم يكن نائما قصدا منه الى استعجال الارث ك (قوله ما يوجب القصاص وما لا يوجبه لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك فى باب على حدة ع

(قوله بعمومات) يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله عليه السلام العمد قود ع (قوله ان لايقتل الخ لان قوله الحر بالحر وقع تفسيرا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى والمفسر هو التفسير ولان هذا يقتضى مقابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار فى حكم القصاص فمن قال يقتل الحر بالعبد لايكون جنس الاحرار مقابلا بجنس الاحرار قصاصا بل يكون بعضهم مقابلا للبعض ك

بالعمومات وقال الشافعى لايقتل الحر بالعبد لقوله تعالى والحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لايقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهى منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفى ما عداه قال (والمسلم بالذمى) خلافا للشافعى له قوله عليه السلام لايقتل مؤمن بكافر ولانه لامساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روى ان النبى عليه السلام قتل مسلما بذمى ولان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحربى لسياقه ولا ذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة قال (ولايقتل بالمستأمن) لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع (ولايقتل الذمى بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياسا للمساواة ولايقتل استحسانا لقيام المبيح (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون) للعمومات ولان فى اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفانى قال (ولايقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لايقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك فى قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لايجوز له قتله وان وجده فى صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن فالقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء وان علا فى هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت ام بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبده)

بعضهم مقابلا للبعض ك (قوله ولان مبنى الخ يعنى ان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين الحر والعبد لان العبد مملوك والحر مالك والمالكية امارة القدرة والمملوكية سمة العجز ولا مساواة بين القادر والعاجز ك (قوله لايقطع الخ اى لايقطع طرف الحر بطرف العبد مع ان حرمة الطرف دون حرمة النفس والاطراف تابعة للنفوس فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس اولى ك (قوله لامساواة الخ يعنى ان القصاص يعتمد المساواة فى وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع ع (قوله وكذا الكفر مبيح اى للدم لقوله تعالى قاتلوهم حتى لاتكون فتنة اى فتنة الكفر ع (قوله ولان المساواة الخ يعنى ان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف يعنى عقلا او الدار يعنى عندنا ع

(قوله والمبيح الخ جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره انا لانسلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية ع (قوله والقتل بمثله اى قتل الذمى بالذمى دليل على ان كفر الذمى لايورث شبهة اباحة القتل اذ لو اورث شبهة لما جرى القصاص بين الذميين كما لايجرى بين الحربيين ك

ولامدبره ولامكاتبه ولابعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال (ومن ورث قصاصا على ابيه سقط) لحرمة الابوة (ولا يستوفى القصاص الا بالسيف) وقال الشافعى يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما فى كسر العظم قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا ارى فى هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتنى هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضى الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى) لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها (وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا) لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز (واذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الدين) فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال (واذا قتل ولى المعتوه فلابيه ان يقتل) لانه من الولاية على النفس

(قوله ولا ولده عطف على الضمير المستكن فى يستوجب وجاز للفاصل اى لا يستوجب ولده على ابيه ابو عبد ولده ن (قوله ومن ورث قصاصا الخ بان قتل الاب ام ابنه مثلا وورث الابن قصاص امه (قوله ان كان فعلا مشروعا كما اذا قطع يد انسان عمدا فمات منه يقطع يد القاتل ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا يحز رقبته وان حصل القتل بطريق غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتله او لاط بصبى فمات من ذلك اختلف اصحاب الشافعى فيه ﴿ ٤٥٢ ﴾ قال بعضهم تحز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل وقال بعضهم يتخذ آلة من خشب مثل آلة الرجل فيفعل به مثل ما فعل وفى الخمر يؤجر الماء حتى يموت تحقيقا للمساواة ك (قوله ولان فيما ذهب اليه الخ دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيما الخ ع (قوله كما فى كسر العظم اى عمدا فانه لا يجب القصاص اصلا الا فى السن لتوهم الزيادة فلان يسقط البعض منه اولى ك (قوله فلا يبالى به كما اذا قال المقر لك علىّ الف من ثمن بيع وقال المقر له لا بل قرض يجب الالف على المقر ك (قوله اذ ظهر الاختلاف الخ فان على قول على وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما يموت حرا اذا اديت كتابته فيكون استيفاء القصاص لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضى الله عنه يموت عبدا واستيفاء القصاص للمولى ك (قوله بخلاف معتق البعض الخ حيث لا قصاص لان بعجز المكاتب ينفسخ الكتابة وموت المعتق لا يوجب انفساخ عتقه فلم يثبت الملك للمولى فى الكل بموته عاجزا ك (قوله ليسقط حق المرتهن برضاه فيه اشكال وهو ان الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه والجواب عنه ان الاستيفاء وان حصل بالهلاك لكنه غير مقرر لاحتمال العود اما بالصلح او بدعوى الشبهة فى القتل فيصير خطأ ك

(شرح)

قوله فيليه كالانكاح ولكن كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح
ولا يملك استيفاء القصاص وذلك لان القصاص شرع لتشفي الصدر وللاب شفقة كاملة يعد ضرر
ولده ضرر نفسه فلذلك جعل التشفي الحاصل للاب كالحاصل للابن بخلاف الاخ ك (قوله وله ان يصالح
حتى هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل
يجب كل الدية ك ﴿ ٤٥٣ ﴾ (قوله لما ذكرنا اراد به قوله لانه من الولاية على النفس
شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر ك (قوله وهذا من قبيله اي استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس ك (قوله تحت هذا الاطلاق يريد به قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك ع (قوله ان الوصي لا يملك الصلح اي عن النفس على المال اما يملك الوصي الصلح عما دون النفس على المال لانه يملك استيفاءه فيملك صلحه على المال ك (قوله لما فيه من الابطال اي ابطال حق المعتوه من القصاص والمال ك (قوله بمنزلة المعتوه اي اذا قتل قريب الصغير فلابيه ان يقتص وله ان يصالح وليس للوصي ان يقتص وذكر الامام التمرتاشي ولو قتل عبد اليتيم لم يكن ان يقتص ولو كان الاب حيا له ان يقتص وله ان يصالح ك (قوله وله اولياء صغار وكبار بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير ك (قوله لعدم التجزي وذلك لانه تصرف في الروح
وهي لا توصف بالتجزي ك (قوله او كان بين المولين صورتها فيما اذا كان العبد مشتركا بين الكبير
والصغير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل ان يدرك الصغير بالاتفاق ن (قوله
منقطع اي في حال استيفاء القصاص لان الصغير ليس من اهل العفو وانما يتوهم عفوه بعد بلوغه وشبهة
عفوه بتوهم اعتراضه لا يمنع استيفاء القصاص بخلاف الكبيرين واحدهما غائب لان هناك شبهة
العفو موجودة لجواز ان يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به وعفو الغائب صحيح مل

شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح (وله ان يصالح) لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه (وكذلك ان قتلت ابن المعتوه عمدا) لما ذكرنا (والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل) لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهذا اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال (ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية) قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود

(قوله اعتبارا منه للآلة وهو الحديد لان الحديد معد للهلاك في الدنيا والآخرة قال الله تعالى وانزلنا
الحديد فيه بأس شديد وهو القتل وقوله تعالى ولهم مقامع من حديد ك (قوله انما يجب اذا جرح
لان بدون الجرح لا يتكامل افساد الظاهر فلا يستدعي العقوبة المتناهية ط (قوله وان ضربه
الخ لا يقال انه محمول على عدم الموالاة لانا نقول ان اجراءه على اطلاقه اولى اذ فيه ورد لعدم
وهو مندوب اليه ك (قوله وعساه اصاب المقتل اى زمان

القتل اى الموت

الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتنع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال (ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص) عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى جزاء وعنده غرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبهذا نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومئ اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه

يكن قاصدا للقتل اعطى (قوله ومن غرق الخ ذكر محمد ره التغريق بالماء مطلقا وهو على ثلثة اوجه ان كان الماء قليلا لا يقتل به غالبا لا يجب القصاص بالاتفاق وان كان الماء كثيرا الا انه يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد اتفاقا وان كان الماء كثيرا ولا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر فهذا مسئلة الكتاب كذا في بعض الفوائد ك (قوله كما بيناه اشارة الى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا ع (قوله لهم قوله الخ اى للشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول او للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص والاستيفاء ولهما الاستدلال بهذا الحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء لم يعملا بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف ك (قوله غير مرفوع فلا يكون حجة عنده لانه لا يرى العمل بالموقوف اعطى (قوله وقد اومئ اليه اى الى الحمل على السياسة اضافته اى نبي عليه السلام فعل التغريق الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل من غرق يغرق ك (قوله واختلاف الروايتين اى عن ابي حنيفة انما كان في الكفارة فانه روى ان لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد عنايه (قوله عليه السلام من غرق غرقناه ومن غرق غرقناه لم يثبت مرفوعا وانما هو من كلام زياد كافي

نزلة على ما نطق به نص الكتاب وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله (قوله ولما اختلفت اى تواردت روى ان سيوف المسلمين توالت على اليمان ابي حذيفة في بعض
الغزوات ... فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قوله فالمراد
... (قوله فان كان الخ اى فان لم يكونوا مختلطين بل كانوا مسلمين في صف المشركين وان لم يكن
... دون الكفارة لا تجب الدية اعطى (قوله وفي النوادر اى عند ابي حنيفة الخ هذا

ما هو صدق النية قال (واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين
فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا
احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب
الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف
المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي قضى رسول الله عليه السلام
بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف
المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر
سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته
حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية
جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا
معتبر في الآخرة حتى يؤثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد
يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف رح يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح
الجامع الصغير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في
كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل
الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة اجناس فكأن النفس
تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث
الدية والله اعلم فصل قال (ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه)
لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ
فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله
وقوله فعليهم وفي لفظ محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه
اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير
ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر
او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء
عليه معناه ما بيناه وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل
والعصا الصغيرة وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه

اثر كونه فعله غير معتبر
لانه لما كان يغسل ويصلى
عليه صار كأنه مات حتف
انفه فمرضه من غير فعله
على نفسه عندهما اما عند
ابي يوسف رح فجنايته
على نفسه معتبرة حتى لا
يصلى عليه وصار بمنزلة
الباغي ولو كان فعله هدرا
اصلا كفعل الحية ولم يكن
جناية مع كونه مقتولا حقيقة
لكان شهيدا ويسقط غسله
فلم يكن فعله هدرا مطلقا
فكان جنسا آخر وفعل
الاسد والحية هدر
في الدنيا والآخرة وفعل
الاجنبي معتبر في الدنيا
والآخرة فيكون التلف
بفعل كل واحد ثلثه فيجب
عليه ثلث الدية لخ
(قوله فصل لما فرغ من
بيان المسائل التي توجب
القصاص الحق بها فصلا
يشتمل على المسائل
التي لها شبهة ايجاب
القصاص ع (قوله والمعنى
اى معنى الوجوب دفع
الضرر لان الواجب وهو
دفع الشر على اى وجه
... (قوله وفي سرقة الخ وانما ذكر هذه لزيادة بيان فيها ما ليس في قوله ومن شهر
... على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه وهو قوله فلا شيء عليه وانما ذكر هذه افائدة وهو ان من الجائز ان
... وعليه الضمان كما في قتل الجمل الصائل واكل مال الغير حال المخمصة فقال فلا شيء عليه
... الوهم رواه النسائي من حديث ابن ابي الزبير والحاكم في المستدرك عن ... مرفوعا
... شرح نقايه

الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في اسهم رق غير المصر في المصر لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا ولو انما كان عصا لا يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله) وقال الشافعي لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله انه قتل دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بمعنى ماشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما حقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان مستند للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمته حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحا في المصر) فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

(باب القصاص فيما دون النفس)

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص

(قوله وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا صالا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة ع (قوله ماشبه المكره صورته ان رجلا اكره غيره بالسلاح على ان يقتله وتحقق عند المكره انه يقتله لو لم يقتله هو فقتله فلا شئ عليه ولا يقال بان عند الشافعي يجب القصاص على المكره فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول انما يجب القصاص عنده على المكره اذا كان المقتول غير المكره فاما اذا اكره المكره على قتل المكره فقتله فلا رواية فيه ويحتمل ان لا يجب القصاص عليهما لان المكره اسقط عصمة نفسه بالاكراه فلا يجب القصاص بقتله بخلاف ما اذا كان المقتول غير المكره لان المقتول ثمة معصوم فافترقا ك (قوله ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما اي على الشاهر وهو الصبي والمجنون ك (قوله فضربه اي فضربه الشاهر فانصرف ثم قتله المشهور عليه فعلى القاتل القصاص هذا اذا ضربه الاول وكف عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيا لانه لما شهر حل دمه دفعا لشره فلما لم يقتله وكف عنه اندفع شره وعادت عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوما من غير دفع ضرر فلزمه القصاص ك (قوله اذا كان لا يتمكن اما اذا امكنه بطريق آخر كالتهديد والصياح عليه يكون القتل مضمونا ك (قوله والجروح قصاص اي ذات قصاص في جرح الاقطع فاقتضت الاية ثبوت القصاص فيما دون النفس وفي الايضاح صار القصاص في مادون النفس مشروعا بهذه الاية والمماثلة معتبرة من حيث سلامة الاجزاء ولفظ القصاص ينبئ عن هذا كفاية لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الطرف ع

(وهو)

والا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولامعتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لاتختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه) لامتناع المماثلة في القلع وان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال (وفي السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر) لان منفعة السن لاتتفاوت بالصغر والكبر قال (وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلوناه قال (ولا قصاص في عظم الا في السن) وهذا اللفظ مروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه وقال عليه السلام لاقصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون مادون النفس لانه لايختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ

(ولاقصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لاضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر) للتساوي بينهما في الارش قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرئ منها فلا قصاص عليه) لانه لايمكن اعتبار

قوله لامتناع المماثلة في القلع لانها اذا قورت فقد تعذر اعتبار المماثلة لانه ليس له حد معلوم ومن ثم ان يكون الثاني زائدا (قوله تحمى له المرآة بكسر الميم ومد الهمزة آلة الرؤية ورأيت في بعض الحواشي ان المراد به ههنا فولاذ صقيل يرى به الوجه لا المرآة المعروفة من الزجاج رد المحتار (قوله وهو مأثور الخ كانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فشاور الصحابة فقال علي رضي الله عنه يجب القصاص فبين امكانه بالطريق الذي ذكرناه زيلعي (قوله لما تلوناه اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله ينبئ عن المماثلة ع (قوله يقلع الثاني ويخالفه ما قال في الكفاية اذا قلع السن فانه لايقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به اللثة ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن ل (قوله وليس فيما دون الخ قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد او خطأ فيحمل الاول على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد ان حصل فيما دون النفس وامكن القصاص جعل عمدا روي ان الربيع عمة انس بن مالك كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة فامر النبي عليه السلام بالقصاص واللطمة ان كانت على النفس لاتوجب القود وان لم يكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش ع (قوله والقتل هو الذي يختلف الخ لانه عبارة عن ازهاق الروح وهو غير محسوس فاقيمت الآلة الصالحة لتعريف الاجزاء مقام الازهاق بخلاف الاطراف لانها محسوسة فلا حاجة الى ذلك ل (قوله لكونها تابعة لها يعني ان الاطراف تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها

(قوله كالمثلي إذا انصرم الخ) يعني لم يبق منه إلا ما هو أنقص فصار كأن المالك بالخيار إن شاء انتظر
وإن شاء عدل إلى القيمة كذا هنا فيسقط حقه كما إذا رضي بالردي مكان الجيد ك (قوله فقد رضي به)
يعني أنه رضي باستيفاء الحق ناقصا والنقائص كالوصف والوصف منفرد عن الأصل غير مقصود
في الوصف (قوله عندنا وعند الشافعي له الأرش لأن عنده المال مضمون أصلي كالقود فإذا تعذر
القود تعين الآخر ك (قوله فصارت سالمة له معنى فإن قيل ﴿ ٤٥٨ ﴾

يشكل بما إذا قطع القاطع يد نفسه بنفسه فلا يسقط حق المقطوع وإن لم يسلم يد القاطع له معنى قلنا إنما يسقط ثمة وإن لم يوجد السلامة لمعنى آخر وهو أنه أتلف محلا تعلق به حق الغير فصار ضامنا كما في العبد الرهن إذا أتلفه الراهن وصاحب الزكوة إذا أتلفه المالك بعد وجوب الزكوة فلا يكون ما ذكرنا من المعنى ك (قوله وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج لكون رأس الشاج أكبر من رأس المشجوج فإذا شج ما بين قرني الشاج مقدار شجة يبقى قطعة ما بين قرنيه لا شجة فيه ك (قوله فيخير وحكى الطحاوي عن محمد بن العباس الدارمي أنه له أن يستوفي ما بين قرني الشاج وإن كان أوسع اعتبارا باليد فإن الكبيرة تقطع بالصغيرة والجواب أن القصاص في الشجة إنما يثبت لأجل الشين الذي يتعلق بها لا لأجل المنفعة ولهذا لو برئت وعادت كما كان سقط الضمان والشين

المماثلة فيه إذ الأول كسر العظم والأصابع ... (وإن كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرش كاملا) لأن استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه وله أن يعدل إلى العوض كالمثلي إذا انصرم من أيدي الناس بعد الإتلاف ثم إذا استوفاها ناقصة فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالردي مكان الجيد (ولو سقطت المؤوفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلما فلا شيء له) عندنا لأن حقه متعين في القصاص وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال (ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء وإن شاء أخذ الأرش) لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير أيضا لأنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي إلى غير حقه وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب) لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (إلا أن تقطع الحشفة) لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة

(وسقط)

يزداد بزيادة الشجة والقصاص في اليد لفوت المنفعة والصغيرة كالكبيرة ك (قوله للتعدي إلى
غير حقه أي في مقدار الشين لا في قدر الشجة ك (قوله وعن أبي يوسف أنه ...
مثلا في شرحه على الجامع الصغير رواية أبي يوسف في الذكر واللسان ...
بالفتح ومثلا محركة

بعه اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعسر اعتبارها

فصل

قال (واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص) ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شئ الآية على ما قيل نزلت الآية فى الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بينا وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضى والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل فى امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان) لان عقد الصلح اضيف اليهما (واذا عفى احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهى بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابى من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبى وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما فى حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفى احد الوليين لان الواجب

قوله فصل لما كان صور الصلح بعد صدور الجناية وموجبها اورده بعد ذلك فى فصل على حدة (قوله نزلت الآية على قول ابن عباس والحسن الضحاك ومجاهد فمن اعطى له على سبيل الصلح واريد به ولى المقتول بدل مثل ما اتلف عفوا اى سهلا من اخيه اى من جهة اخيه المقتول شئ اى شئ من المال بطريق الصلح لانه ممنوع القدر فانه مقدر بما تراضيا عليه بالمعروف اى فله اتباع اى فعلى ولى القتيل اتباع المصالح بالمعروف اى مطالبته ببدل الصلح ﴿ ٤٥٩ ﴾ على حسن معاملة واداء اليه باحسان اى وعلى المصالح اداء الى ولى القتيل باحسان فى الاداء وقال جماعة وهو مروى عن عمر وابن عباس وابن مسعود فى عفو بعض الاولياء ويدل عليه قراءة شئ فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفى له وهو القاتل من اخيه فى الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع اى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اى بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اى وليؤد القاتل الى غير العافى حقه وافيا غير ناقص واريد بالمصدر قوله فاتباع واداء اليه الامر بهذا الفعل كما فى قوله تعالى فتحرير رقبة كذا فى الاسرار (قوله الحديث تمامه فاهله بين خيرتين ان شاؤا اقادوا وان شاؤا اخذوا الدية كذا فى الاسرار (قوله والمراد والله اعلم الخ انما يحتاج الى قوله والمراد لان ظاهر الحديث يشهد للشافعى فى احد قوليه فان للولى الخيار بين ان يقتل وبين ان يأخذ المال بغير رضاه (قوله على ما بيناه من انه ليس لولى القتيل العدول عن القصاص الا برضاء القاتل

خطأ قد صار من غير شبهة لاحتمال القتل واحد وهو واحد لا يتعدى
واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين معناه اعتبره لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطع يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال (واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين) وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعي رح تقطع

(قوله بمعنى راجع الى القاتل وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص فيجب المال كما في ما اذا العجز عن القصاص ثمه لمعنى في القاتل وهو كونه حاملا ك (قوله لان الواجب نصف الدية بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ ع (قوله لكن بعضه هذا كالدين اذا كانت مؤجلة الى ثلث سنين كان كل درهم منه مؤجلا الى ثلث سنين ك (قوله و الخ اذا كان الواجب ثلث الدية او اقل منه يجب في سنة ﴿ ٤٦٥ ﴾ واحدة واذا كان اكثر من الثلث الى الثلثين يجب في سنتين واذا كان اكثر من الثلثين الى تمام الدية يجب في ثلث سنين نقايه (قوله اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روى ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالا اهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون ع (قوله لقول عمر الخ روى محمد بن الحسن في موطائه والشافعي في مسنده كلاهما عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب قتل خمسة او سبعة برجل قتلوه غيلة اي خديعة وقال لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم شرح نقايه (قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسدون ان يجمع عليه اشرار يقصدون تعلمه ان لا قصاص فيؤدي الى سد باب القصاص ع (قوله يقتل بالاول منهم يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة او جهل قتل لهم او قسم الديات بينهم او يقرع ع (قوله اصلا اي اصل ثبوت التماثل الفصل الاول وهو اذا قتل جماعة واحدا فالجماعة يقتلون بالواحد اجماعا يعني ان الجماعة اذا قتلوا واحدا اعتبر كل واحد منهم قاتلا على الكمال ولولا هذا لما وجب القصاص فكذا اذا وقع القتل جراحة حصل كل واحد منهم مستوفيا حقه على الكمال

قوله والمعروض اى صورة المسئلة المختلف فيها بيننا وبين الشافعى فيما اذا اخذا سكينا واخذا بيده فى جانب واحد من يده وامراه على مفصل يده حتى ابانا يده اما لو وضع احدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر وامرا حتى التقى السكينان لا يجب القصاص عنده ايضا لان كلا منهما قطع البعض منه فلا يقطع به كل يده وهذا بخلاف النفس فانه اذا وضع احدهما السكين على حلقه والآخر على قفاه وامرا حتى التقى السكينان يجب القصاص عليهما لان القتل ازهاق الروح وهو لا يحتمل الوصف بالتجزى فيضاف الى كل واحد منهما كملا ك (قوله لا اعتبار بالانفس اى اعتبار الايدى بالانفس اما لكونها تابعة لها او ان يجمع بينهما بجامع الزجر ع (قوله قاطع بعض اليد لان القطع هو الفصل بين المتصلين ونحن نتيقن ان الفصل فيما بقوة كل واحد منهما وان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الآخر ولا معتبر بامرار كل واحد منهما السكين على جميع العضو لان امرار السكين من غير قطع به وجوده كعدمه فيكون كل واحد منهما قاطعا بعض اليد فلا يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لاشتراط التماثل والقياس فى النفس هكذا وانما تركناه بالاثر والاجماع وهذا ليس فى معناها حتى يلحق بها لان الفعل فى النفس لا يوصف بالتجزى لانه تصرف فى الروح ولا يتصور ازهاق بعضه دون البعض فاضيف الى كل واحد كملا ضرورة عدم تجزيه اما الفعل فى الطرف فيوصف بالتجزى الا ترى انه يتحقق ان يقطع بعض اليد ويترك ما بقى فيصير كل واحد منهما قاطعا للبعض ك (قوله لثبوت حقه وتردد حق الغ يعنى ان حق الحاضر ثابت بيقين ومزاحمة الآخر له فى الاستيفاء موهومة عسى ان يحضر او لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له لذلك ع

بقصاص والمعروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت لا اعتبار بالانفس والايدى تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليهما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها (وان قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب) وقال الشافعى فى التعاقب يقطع بالاول وفى القرآن يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثانى كالرهن بعد الرهن وفى القران اليد الواحدة لا تفى بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى حكمه كالغريمين فى التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافى فلا يظهر الا فى حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثانى بخلاف الرهن لان الحق ثابت فى المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال (واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقى حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثانى على عاقلته) لان الاول

(قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر لان الرمي الواحد جاز ان يتعدد بتعدد آثاره فان الانسان اذا
ارسل سهما ليسمى رميا واذا مزق جلد حيوان ولم يمت يسمى جرحا واذا اصاب ومات يسمى
قتلا واذا اصاب كوزا وفرق تركيبه يسمى كسرا واذا نفذ السهم اى غير الرمي اليه صار بعد
فعل آخر وهو فيه مخطئ فيجب الدية ك (قوله فصل ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل عند
اعتبارا للتناسب ع (قوله بعض الحرج فيجعل الثاني تبعا للاول وبعض ...

عمد والثاني احدهما من الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر فصل قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا) والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة (وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) وهذا عند ابي حنيفة وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين هذين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف

واحدا الا ان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او بتخلل البرء فيعطى كل واحد منهما حكم نفسه ع (قوله وهو قاطع للسراية فلا جمع اصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلابد من اعتبار كل واحد منهما ع (قوله لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف ع (قوله فان شاء الامام الخ قال شمس الائمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام عند ابي حنيفة وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه بين لهم ان لهم الخيار ع (قوله وهو متعذر زيرا كه در تداخل كشته ميشود وقطع يدهاى مى ماند از جزا ترجمه (قوله او لان الحز اى حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدرا من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص فكذا اذا كانا من شخص واحد فيقطع الاولياء يده ثم يقتلونه ان شاؤا وان شاؤا قتلوه

من غير قطع لان القصاص يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع
واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى يكون لا ...
وبالاكتفاء بالقتل لم يوجد المماثلة الامعنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ويخير ...
زيلعي (قوله فصار الخ اى اذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق

فيه حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب (وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر تجب حكومة العدل) لبقاء الاثر لان الارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال (ومن قطع يد رجل فعفا عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال) وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بعينه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وفي ذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لانه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ

رفوبه حكومة عدل تفسير حكومة العدل انه لو كان عبدا مجروحا يقوم كم قيمته وبدون الجراحة كم قيمته فما نقص اعتبره بالدية ثم ينظر ما بينهما من التفاوت الذي بينهما في الحر من الدية وفي العبد من القيمة ك (قوله تجب حكومة العدل) دون الارش لان حكومة العدل انما يكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرء وليس بموجود وهذا يشير الى انه ان لم يكن يجرح في الابتداء لا يجب شيء وان جرح واندمل ولم يبق لهما اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضرب ضربا مولما ع (قوله فعفو عن موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو لانه عرض كما وجد يتلاشى فيكون المراد موجبه وموجبه نوعان القطع اذا اقتصر والقتل اذا سرى فيكون عفوا عنهما كما لو قال ابرءتك من الغصب يكون ذلك ابراء من الضمان الواجب وهو رد العين عند قيامه ورد القيمة بعد هلاكه وكذلك المشترى اذا ابرء البائع من العيب يكون ابراء عن موجبه وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند التعذر ك (قوله يتناول الساري والمقتصر الا ترى ان الاذن بالقطع اذن به وبما يحدث منه حتى ان من قال لآخر اقطع يدي فقطعها ثم سرى الى النفس لم يضمن واذا جعل الاذن بالقطع اذنا له وبما يحدث منه فكذا العفو عن القطع لان العفو في الانتهاء كالاذن في الابتداء

ورثة ولم يتعلق به الخ لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل من قال انما ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يكون بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به يتصرف به وتركهم عالة يتكففون والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ع

(قوله فيعتبر من الثلث فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جواز الوصية بجميع الثلث مهما حتى مع
في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل اوصيت لك
الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل الاترى انه
وسلم جاز وقال بعضهم يسقط قدر نصيب القاتل (قوله ثم مات قيد بالموت في وجوب مهر المثل لانه لو لم يمت
فتزوجها على اليد صحت التسمية ويصير ارش ذلك وهو ﴿ ٤٦٤ ﴾ خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع

فدرجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال (واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها) وهذا عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا تقاص لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا سقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر قدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون

سواء كان القطع عمدا او خطأ تزوجها على القطع او على القطع وما يحدث منه او على الجناية لانه لما برئ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجرى في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا كذا ذكره الامام قاضيخان والمحبوبي ك (قوله يكون هذا تزوجا الخ قال قيل القصاص لا يجرى في الطرف من الرجل والمرأة فكيف يكون تزوجا على القصاص في الطرف قلنا القصاص هو الواجب الاصلي نظرا الى ظاهر قوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفيهما ك (قوله لاسيما على تقدير السقوط فانه ان لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بالطريق الاولى والقصاص يسقط هنا اما بقبوله التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار

تعذر الاستيفاء فانه لما جعل مهرا كأنه استوفى ع (قوله تقع المقاصة اي اذا ملكت الدية لاى الحد
الدية وطولبت بمهر المثل ك (قوله وصية يعني ان الزائد على مهر مثلها يكون وصية في حق العاقلة
بعد اسقاط مهر المثل ان كان للميت وهو الزوج مال سوى الزائد على مهر المثل والزائد يخرج من الثلث
يكون للعاقلة وان لم يكن مال يأخذ العاقلة ثلث الزائد على مهر المثل والثلثان لورثة الزوج فيلغيه

قوله لانهم يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم فلا يغرمون لها زيلعى
قوله وهذا الزيادة الخ ذكر الامام التمرتاشي وان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر فلاشئ على
العاقلة لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون لها ك (قوله فان كانت تخرج الخ اى
تخرج لهم حال كونه من ثلث ماله وان قرئ «الثلث» بالمصدر فمن متعلق بتخرج اعظمى (قوله في

الفصلين يعني التزوج على اليد اذا كان القطع خطاء وفي التزوج على اليد وما يحدث منها اوعلى الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والافالفصول ثلاثة ع (قوله فانه يقتل الخ ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لاشئ عليه على ماسيجئ ع (قوله وقد قضى له بالقصاص الخ ترديد القضاء وغير القضاء مقدم على العفو ك (قوله ولهذا لو لم يعف الخ هذه المسئلة على اربعة اوجه قطع ثم عفى وبرء اولم يسر اولم يعف وسرى اوعفا وسرى اولم يعف ولم يسر والمخلص هو الاول وكذا الثالث ايضا على الخلاف في الصحيح من الرواية ك (قوله وله انه استوفى غير حقه لان استيفاء الطرف قطع وقد بينا ان حقه في القتل والقطع غير القتل وقد استوفاه من نفس متقومة فان نفسه من عليه

القصاص متقومة في حق سائر الناس فكذلك في حق من له القصاص ك (قوله وانما لايجب في
الحال جواب اشكال وهو ان يقال اذا كان القطع غير حقه وقد استوفاه وانه مضمون عليه فلم لايجب
الضمان في الحال ك (قوله فاما قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلثة يريد به القطع
لم يظهر يعني ملك القصاص لعدم الضرورة ع

الوصية ترجع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع
عليهم بسبب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية
لانهم لم يعينوا بقتله فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج
يسقط ثلثه وقال ابويوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها
على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق
جوابه في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات
فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق
المقتص له القود واستيفاء القطع لايوجب سقوط القود كمن له القود
اذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن ابي يوسف انه يسقط حقه
في القصاص لانه لما اقدم على القود فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول
انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في
القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا
فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص اولم يقض فعلى قاطع
اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لاشئ عليه) لانه استوفى حقه فلا
يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم
يعف لايضمنه وكذا اذا سرى وما برأ اوما عفا وما سرى اوقطع ثم
حز رقبته قبل البرء اوبعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف
فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان
حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه
سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لايجب
في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك
القصاص في النفس ضروري لايظهر الاعند الاستيفاء او العفو او
الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة
فلا شئ اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى فلانا انما
نعرف كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح
انه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء

ولو مز بعد البرء فهو على هذا الخلاف وهو الصحيح والاصبع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانه تابعة للنفس من كل وجه قال (ومن له القصاص فى الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابى حنيفة وقالا لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس فى وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه فى القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة فى مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل الا انه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما فى غيره منها والواجب لا يتقيد بوصف السلامة كالرمى الى الحربى وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة فى القتل

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة) عند ابى حنيفة وقالا لا يعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما فى الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما فى الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك فى الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين

(وقوله)

(قوله والاصابع الخ) جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص فى الطرف فقطع اصبعه ثم عفا وهو ان الاصابع وان كانت تابعة للكف قياما به فالكف تابعة لها غرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع وانما اصل فى الصيد ولكل اصبع ارش مقدر بخلاف الكف فلما صارت اصلا كان للمقطوع حق الاستيفاء قصدا ويكون ... كاستيفاء الكف بخلاف الطرف فلانها تابعة للنفس من كل وجه (قوله فصار كالامام اى اذا قطع ... فسرى ومات لا شئ عليه والبزاغ والحجام اذا فعلا فعلا معتادا والمأمور بقطع اليد كما اذا قال لرجل اقطع يدى فقطع يده فمات المقطوع من القطع لا شئ عليه وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلم يجز ان يكون ابتداء الجناية مباحا وسرايتها مضمونة ك (قوله كما فى غيره منها اى من المسائل يعنى البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات الخ ع (قوله لا التزام ولا وجوب لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اى الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هنا ع (قوله باب الشهادة الخ لما كان القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه فى باب على حدة ع (قوله ثم قدم الغائب الخ واجمعوا على ان القاتل يحبس اى الى ان يحضر الغائب لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس واجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود من القصاص الاستيفاء والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع ك (قوله وله اى لابى حنيفة ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا قبل الهبة فانه يثبت للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم الوارث

سعيه البينة بحضوره (فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا (فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية) معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال (واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود) اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال (واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل

(قوله وهو عفو منهما) لانهما بالشهادة زعما ان القود قد سقط وزعمهما يعتبر في حقهما ك (قوله اذا صدقهما وحده) اي صدقهما القاتل وحده وكذبهما المشهود عليه في شهادتهما بعفو الثالث وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل والمشهود عليه يضمن القاتل ثلثي الدية للشاهدين لاغير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا يضمن للمشهود عليه شيئا لانه اقر بالعفو حيث صدق الشاهدين ك ﴿ ٣٦٧ ﴾ (قوله وان كذبهما) اي المشهود عليه ومعناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثا وذلك لانهما بالشهادة اقرا بسقوط القصاص وانقلاب نصيبهما مالا وقد اقر القاتل بذلك على تقدير تصديق القاتل فلزمه ثلثا الدية لهما وثلث الدية للمشهود عليه لانه ما اقر بسقوط القصاص وانما سقط القصاص باقرار غيره ك (قوله وان صدقهما المشهود عليه وحده) يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لاقراره له بذلك وفي بعض النسخ ولكن يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه فبطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه للشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به له القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم وقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصارت لفلان كذا هذا ع (قوله غرم القاتل الخ) لانه انكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحبيه ك

قتل شهادة مرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لاادرى باى شئ قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال (ان شهدا انه قتله وقالا لاندرى باى شئ قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس ان لاتقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واولوا كذبهم فى نفى العلم بظاهر ما ورد بالاطلاق فى اصلاح ذات البين وهذا فى معناه فلايثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية فى ماله لان الاصل فى الفعل العمد فلايلزم العاقلة قال (واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولى قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولى قتلتماه جميعا بطل ذلك كله) والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب فى الاول من المقر له وفى الثانية من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر فى بعض ما اقر به لايبطل اقراره فى الباقى وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لايمنع صحة الاقرار

باب فى اعتبار حالة القتل

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامى الدية عند ابى حنيفة وقالا لاشئ عليه) لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لافعل منه بعده فيعتبر حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمى فى حق الحل حتى لايحرم بردة الرامى بعد الرمى وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل

(قوله يغاير المقيد لانه يحتمل ان يكون عمدا ويحتمل ان يكون شبه عمد ويحتمل ان يكون عمدا والقتل بالعصا شبه عمد فلم يثبت الاتفاق فى المشهود به والاتفاق شرط ك (قوله والمطلق ليس بمجمل فان المطلق يمكن العمل الاترى ان الله تعالى اوجب الكفارة بتحرير رقبة مطلقة ووجب العمل به ولو كان مجملا لما وجب العمل به كذا ذكره الامام الكسائى ك (قوله ولانه يحمل اجمالهم الخ فيه صنعة التجنيس التام فان الاول بمعنى الابهام والثانى بمعنى الصنع وهو الاحسان وهو فى المعنى جواب عما يرده على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود فى قولهم لاندرى باى شئ قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان لا يقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا يمتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف ويحمل اجمالهم الخ ع (قوله اولوا الخ اى الشهود اولوا قولهم لاندرى مع انهم يعلمون بظاهر ما ورد من الحديث باطلاق الكذب بالاطلاق اى بتجويز الكذب فى اصلاح ذات البين وهو قوله عليه السلام ليس بكذاب من يصلح بين اثنين ك (قوله بالاطلاق يحتمل ان يرجع الضمير الى ما هو الحديث الوارد فى حل الكذب فى اصلاح ذات البين والاصح ان يرجع اى الكذب فيه (قوله وهذا فى معناه اى ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل فى معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب (المرب) هوهنا كما ان الاصلاح مندوب هناك مكان ورود الاطلاق والتجويز هناك ورودا هوهنا (قوله فلايثبت الاختلاف الخ يعنى اذا احتمل ان يكونوا عالمين واجملوا واحتمل ان لايكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لايثبت بالشك ك (قوله فقال الولى قتلتماه الخ ولو قال الولى صدقتما بدل قوله قتلتماه لم يكن له ان يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتماه تصديق كل واحد بانفراده وفيه تكذيب الآخر فى الجميع فهو تكذيب ...

(قوله والعمل الخ اى فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والقتل عمد فالواجب القصاص اجاب بقوله العمد وان كان ابح ع (قوله للشبهة اى الشبهة الثابتة من اعتبار حالة الاصابة غ (قوله وكذا اذا رمى ابح وهو قص مما اذا رمى اى صيد فى الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامى لانه جاء فى جزاء صيد الحرم لا يختص بالقتل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من ذلك ع (قوله فعليه ابح حتى لو كانت قيمته ﴿ ٢٩٩ ﴾ قبل الرمى الف درهم وبعده ثمانمائة لزمه ثمانمائة زيلعى

الموت والعمل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه فى قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال (وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى) عند ابى حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وقول ابى يوسف مع قول ابى حنيفة له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقى مجرد الرمى وهو جناية ينقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمى لان فعله الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمى قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا اثر له فى المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا فى وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققنا قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الرامى) لان المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها (واذا رمى المجوسى صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل) لان المعتبر حال الرمى فى حق الحل والحرمة اذ الرمى هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شئ عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدى وهو رميه فى حالة الاحرام وفى الاول هو محرم وقت الرمى وفى الثانى حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

(قوله ان العتق قاطع الخ كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شئ اى لا يضمن دية ولا قيمة وانما يضمن النقصان فكذلك ههنا وهذا لان توجه السهم عليه اوجب اشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ك (قوله قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حالة ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء ع (قوله يصير قاتلا الخ وهو ظاهر على مذهب ابى حنيفة فانه يعتبر وقت الرمى واما ابو يوسف فيحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمى ان المرمى اليه خرج بالارتداد عن ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالاتفاق واما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمى الا فى صورة الارتداد ع (قوله فلا شئ على الرامى ففى هذه المسائل كلها يعتبر حالة الرمى بالاجماع فظهر من هذا ان المعتبر حالة الرمى عندهما ايضا الا ان المرمى اليه مباحا اذا رمى مسلما فارتد ثم اصابه صار مبرئا للرامى عن ضمان الجناية فلم يجب شئ فى هذه المسائل كفايه

كتاب الديات

قال (وفى شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه فى اول الجنايات قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية (فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ماعرف (ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه (ولا يجزئ مافى البطن) لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته قال (وهو الكفارة فى الخطاء) لما تلوناه (ودية شبه العمد عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعى اثلاث ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات فى بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها فى بطونها اولادها وعن عمر وزيد رض ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام فى نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض فى صفة التغليظ وابن مسعود رض قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا فى الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية فى غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطاء تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية فى الخطاء مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رض واخذنا نحن والشافعى به لروايته ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى

(قوله كتاب الديات قدم القصاص لانه الاصل وصيانة الحيوة والاقتصاص فيه اقوى والدية كالخلف ولهذا تجب بالعوارض كالخطاء وما فى معناه رد المختار (قوله دية النفس لغة مصدر من ودى ادى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل للمال الذى هو بدل النفس الدية تسمية بالمصدر والارش اسم للواجب على مادون النفس ك (قوله ولانه جعل المذكور الخ استدلال من الاية بوجهين احدهما ... اى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لا ... فلا يعلم انه هو الجزاء او شئ ومثله محل الاترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفى نيته ان يقول وصفه هو ولكنه لم يفعل لايكون الجزاء الا المذكور لئلا يفتح العهم والآخر بالنظر الى المذكور يعنى لو كان الغير مرادا لذكر لانه موضع الحاجة الى البيان ع (قوله لانه مسلم اى لان شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام احد الابوين والثانى بالظهور اذ الظاهر سلامة الاطراف ع (قوله حقة فسميت حقة بكسر الحاء المهملة والقاف المشددة لمعنى فيها وهو انه حق لها ان يركب ويحمل عليها وهى التى دخلت فى السنة الرابعة چلپى (قوله اغلظ يعنى من دية الخطاء المحض فان الابل فيه يجب اخماسا وذلك اى كونه اغلظ فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون ارباعا ع (قوله الا فى الابل خاصة يعنى لايزاد فى الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم او الف دينار وقال سعيد ... يغلظ فى النوعين الآخرين اى الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل فى دية الخطاء والى قيمة اسنان الابل فى شبه العمد فما زاد على اسنان الابل من دية الخطاء يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ فى شبه العمد شرع فى الابل ... جناية وجدت فيه ولم توجد فى الخطاء وهذا المعنى موجود فى الآخرين فيجب التغليظ فيهما ع

قوله على نحوما قال اى ابن مسعود وعن على انه اوجب ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لاتعرف الا سماعا لكن ما روى من مكان اولى بعدالته ابح ع (قوله والحجة عليه ما رويناه وهو رواية ابن مسعود رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى قتيل قتل خطاء اخماسا على ما قال باقامة ابن مخاض مكان ابن لبون ك قوله قضى بستة الخ معارضا فيحتاج الى تأويل وذكر المصنف وتأويل ما ذكره الشافعى

مثل قتل خطاء انه اخماسا على نحوما قال ولان ماقلناه اخف مكان اليق بحالة الخطأ ولان الخاطى معذور غيران عند الشافعى يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض فالحجة عليه ما روينا قال (ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعى من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال (ولايثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابى حنيفة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمر هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لايقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها فى غيرها وذكر فى المعاقل انه لوصالح على الزيادة على مائتى حلة اومائتى بقرة لايجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما خاصة قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على على رضى الله عنه ومرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم وقال الشافعى ما دون الثلث لايتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حالة الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف فى النفس فكذا فى اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال (ودية المسلم والذمى سواء) قال الشافعى دية اليهودى والنصرانى اربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمان مائة درهم وقال مالك دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلوة والسلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعى ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل دية

انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر رضى الله عنه فابطل عمر ذلك الوزن ع (قوله وقد كانت كذلك فيه بحث وهو انه قال روى عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعنى الى عهد عمر فابطل عمر ذلك الوزن وذلك تناقض والجواب ان المنقول كان فى ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يؤخذ من الدراهم وزن سبعة ايضا ولاتناقض ع (قوله وقالا منها ومن البقر الخ قيل فى تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولى القتيل على اكثر من مائتى بقر فعنده يجوز وعلى قولهما لايجوز كما لوصالح على اكثر من مائة الابل ع (قوله ولهذا لا يقدر بها ضمان اى ضمان شئ مما وجب ضمانه باتلاف اوغيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة كما رويناها وعدمناها فى غيرها فمن قبل فلو يلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت انها فى معناها من كل وجه ع (قوله زيد بن ثابت وكان زيد بن ثابت يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعنى اذا كان الارش بقدر ثلث الدية اودون ثلث مارجل والمرأة فيه سواء فان اوعلى الثلث فح حالهما فيه على النصف من حال الرجال ك

النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولـ
قوله عليه الصلوة والسلام دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار وكذلك قضى
ابوبكر وعمر وما رواه الشافعى لم يعرف روايه ولم يذكر فى كتب
الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه يظهر به عمل الصحابة

(فصـــــل) فيما دون النفس قال (وفى النفس الدية) لما
ذكرناه قال (وفى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية)
والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب ان النبى صلى الله عليه وسلم
قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية وهكذا هو
فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم
والاصل فى الاطراف انه اذا فوت جنس المنفعة على الكمال او ازال
جمالا مقصودا فى الادمى على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس
من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمى واصله قضاء
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالديــة كلها فى اللسان والانف
وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول فى الانف الدية لانه ازال
الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما
ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لايزاد على دية واحدة لانه عضو
واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا فى قطع
بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الالة قائمة
ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف
وقيل هو على عدد حروف يتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب
وقيل ان قدر على اداء اكثرها يجب حكومة عدل لحصول
الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية
لان الظاهر انه لاتحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة
الوطى والايلاد واستمساك البول والرمى بــه ودفق الماء والايلاج
الذى هــو طريق الاعلاق عادة وكــذا فى الحشفة الدية كاملة

(قوله فى النفس الدية انما ذكر هذا تبركا بالابتداء وما الحديث وهذا لفظ الحديث لـ (وفى
عدد حروف يتعلق باللسان الحروف التى يتعلق باللسان اى الالف والدال والتاء والجيم والدال والراء
والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون فمن لم يمكنه اتيان حرف منها
بحصة من الدية فالمراثية والحلقية والشفوية فلا يدخل فى الدية فالشفوية الميم واسم الحلقيه العين
والغين والقاف والاصل فى
هذا ما روى ان رجلا قطع
طرف لسان رجل فى زمن
على فامره ان يقول الف
ب ت ث فكل ما قرأه حرفا
فاسقط الدية بقدر ذلـك
ومـا لـم يقرأ اوجب من
الدية بحساب ذلك كفايه
(قوله على الكمال قيد
بالكـمال فى المنفعة فى
الجمال احتراز عما ليس
بكامل فيهما حيث لايجب كل
الدية وان كان فيه تفويت
عضو مقصود كما اذا قطع
لسان الاخرس فانه لايجب
الدية لانه لم يفوت جنس
منفعة ولاجمال ع وسعيد بن
المسيب من التابعين وما
روى عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم فهو مرسل
وهو حجة بالاجماع لـ (قوله
طريق الاعلاق عادة وانما
قيد بالعادة لانـه يتصور
الاعلاق بالحق الا انه فى
العادة انما تحقق بالايلاج لـ
(قوله منفعة مقصودة يعنى
ليس فيها استتباع كل منهما
الاخرى بخلاف قتل النفس
حيث لايجب الادية واحدة
لان الاطراف مـع البـدن
فليس يتبع للطرف الاخر
فيعتبر كل واحدة منهما بنفسهما كفايه (قوله اوشم اوذوق يجب الدية والمقابلة مرات كل واحد
من هذه المنافع فان قيل بماذا يعرف فوات هذه المعانى فان قول المجنى عليه لايقبل عليه قلت اذا ادعى
المجنى اواستحلف فكل يثبت فواتها ثم فوات البصر يعرف الاطباء فينظر اليه رجلان عدلان من الاطباء
ويكون قولهما فى ذلك حجة كذا فى المبسوط كفاية

(المنحه)

المثقفة اصل فى منفعة الايلاج والدفق والقصد كالتابع له قال (وفى العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه فى معاشه ومعاده (وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه) لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى ان عمر رضى الله عنه قضى باربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفى اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفى شعر الراس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعى تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدمى ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها فى بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب فى شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية فى وقتها جمال وفى حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما فى الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف فى ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال واما لحية العبد فعن ابى حنيفة انه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفى الشارب حكومة عدل وهو الاصح) لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها (ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شئ فى حلقه) لان وجوده يشينه ولا يزينه (وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابى حنيفة انه لا يجب شئ فى الحر لانه يزيده جمالا وفى العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه فى غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا

(قوله وكذا اذا ذهب الخ) يجب الدية بمقابلة فوات كل واحدة من هذه المنافع فان قيل بماذا يعرف فوت هذه المعانى من قول المجنى عليه لا يقبل قلنا اذا صدقه الجانى او استحلف فنكل تثبت فواتها وذكر فى التتمة طريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل فينادى فان اجاب لذلك علم ان سمعه لم يذهب واما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازى طريقه ان يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم يدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوى انه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب بصره وفى المبسوط انه ينظر اليه رجلان عدلان من الاطباء ويكون قولهما فى ذلك حجة وان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والانكار والقول قول الجانى مع يمينه على البتات اما اليمين فلان المجنى عليه يدعى موجب الجناية والجانى ينكر واما على البتات فلان هذا اليمين على فعل نفسه وهو اذهاب بصر غيره وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان تنفر عن ذلك عرف انه لم يذهب شمه ك (قوله وفى شعر الراس الدية) وذكر الامام التمرتاشى قالوا لو حلق راس انسان ولم ينبت تجب الدية الرجل والمرأة والصغير والكبير فيه سواء ولا يطالب بالدية حال الحلق بل يؤجل سنة لتصور انبات وكذا حلق اللحية فان مات المحلوق راسه او لحيته قبل مضى السنة ولم ينبت لا شئ فيه والا حكومة عدل ك (قوله ولنا ان اللحية فى وقتها جمال والدليل على انه جمال قوله عليه السلام ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال زيلعى (قوله فعن ابى حنيفة انه الخ وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة معتبرا بالدية فى الحر لفوات الجمال ع

(قوله كتبه النبي الخ اخرج النسائي في سننه وابوداود في مراسيله عن ابي بكر بن محمد بن عمرو
عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى اهل اليمن فيه الفرائض والسنن
والديات وبعث به مع عمرو بن حزم فكان فيه وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي ...
الدية وفي العين الواحدة نصف الدية وفي اليد الواحدة نصف الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية
شرح نقايه (قوله يحتمل ان مراده الخ هذا دفع لتخطيته ﴿ ٤٧٤ ﴾ من خطاء محمد في هذا

الجمهور (وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه ابتداء

قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية

قال (وفي ثديي المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفي احدهما نصف دية المرأة) لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمتي المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفي احداهما نصفها) لما بينا

قال (وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة) لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال (وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث (ولانها)

الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافهما والشعور التي عليها تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل ان المراد الاهداب فيكون مجازا للمجاورة ذكر المحل واراد الحال ع (قوله كما ذكر محمد في الاصل قال محمد في اشفار العينين الدية كاملة اذا لم ينبت فاراد به الشعر لان الشعر هو الذي ينبت دون الجلد زيلعي (قوله للمجاورة ذكر في مبسوط شيخ الاسلام جعل محمد الاشفار اسماء للشعور التي تنبت على حروف العين واطرافها وهذا غلط اهل اللغة في هذا وقالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافهما والشعور التي عليها تسمى الهدب قالوا وكانه اخذ من شفر الوادي وهو جانبه وحده فسميت منابت الشعور اشفارا لانها حدود الاجفان. ولكن مشائخنا قالوا بان الامر كما قالوا ان الاشفار اسم لمنابت الشعور واسم الشعور الهدب الا انه كنى بالاشفار عن الهدب لاتصال ومجاورة بينهما كما سموا القربة راوية وهي البعير الذي يستقى عليه الماء لاتصال بين القربة والبعير كما في بعير سمام كفايه (قوله والحكم فيه هكذا اي تجب في الكل وتجب في كل شفر ربع الدية ويستوي ان يبدد الاهداب وافسد المنبت او قطع الجفون كلها بلا اهداب ك

لأن كلها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة وهي عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا قال (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الأصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع (وفي كل سن خمس من الإبل) لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري وفي كل سن خمس من الإبل والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفضيل كالأيدي والأصابع وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال (ومن ضرب عضوا فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها) لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أحدبه) لأنه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فإن زالت الحدوبة لا شيء عليه) لزوالها لا عن أثر

(فصـــــل في الشجاج) قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهي التي تسيل الدم (والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاحمة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسمحاق) وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضح العظم أي تبينه (والهاشمة) وهي التي تهشم العظم (والمنقلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله (والآمة) وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال (ففي الموضحة القصاص إن كانت عمدا) لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال (ولا قصاص في بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي

(قوله ففي أحدها الخ) يعني ان عشر الدية الواجب بإزاء كل اصبع انما هو بمقدار مفاصلها فما فيه ثلاثة مفاصل فلكل واحد منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه ع (قوله والاسنان والاضراس الخ) ... والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن ... وثلاثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان اسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا طواحن واربع نواجذ وتسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى الاسنان وبعضها سواء ع (قوله والاسنان كلها سواء) واذا قلع جميع اسنانه فعليه ستة عشر الفا من الدراهم لان الاسنان اثنان وثلثون فاذا وجب في كل سن نصف عشر الدية وهي خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر الفا وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان واذا قلع جميع اسنان الكوسج فعليه اربعة عشر الفا لان اسنانه تكون ثمانية وعشرين لما حكي ان امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فانت طالق فسئل ابو حنيفة عن ذلك فقال يعد اسنانه فان كانت اثنين وثلاثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج ك (قوله فلا يعتبر التفاضل) ومن الناس من ... الطواحين على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص ع (قوله فصل في الشجاج) لما كانت نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله ذكره في فصل على حدة منح رد المختار (قوله الحارصة) مأخوذ من حرص القصار الثوب اي شقه في الدق زيلعي

(قوله ولان فيما فوق الموضحة اى فيما هو اكثر شجة من الموضحة وهو ما ذكره بعد الموضحة وهو ... الهاشمة والمنقلة والآمة لك (قوله فيما قبل الموضحة اى قبلها ذكرا ودونها اثرا وشعا وهى ... اى السمحاق نهايه (قوله وفيما دون الموضحة اى دونها اثرا وشعا ... قبلها ... الحارصة اى السمحاق فلذلك ذكر مرة بما قبل الموضحة ومرة بما دون الموضحة ن (قوله حكومة ...

فيها انما هو العدل وجوب حكومة على رواية غير الاصل واما روايته فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة ن (قوله وفى الجائفة فى الايضاح الجائفة مايصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه قال فى النهاية معلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج ح وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج يختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن ع (قوله وهذا اختلاف عبارة يعنى يرجع الى مأخذ الاشتقاق فمحمد ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحم الساقان اذا اتصل احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولايقطع والباضعة بعدها لانها تقطعه ع (قوله لايعود الى معنى وحكم اى لايعود الى معنى موثر يبتنى عليه الاختلاف فى الاحكام لك (قوله وبعد هذا اى بعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهى التى تصل الى الدماغ ولم يذكرها محمد لان النفس لاتبقى بعدها عادة فيكون قتلا ولا يكون من الشجاج والكلام فى الشجاج وكذا لم يذكر الحارصة لانه لا يبقى ... اثر فى الغالب زيلعى المتلاحمة مأخوذة من قولهم التحم الشيئان اذا التصق احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولايقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه

السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولاقصاص فيه وهى رواية عن ابي حنيفة وقال محمد فى الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولاخوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص ... (وفيما دون الموضحة حكومة العدل) لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو مأثور عن النخعى وعمر بن عبد العزيز قال (وفى الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشر الدية وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفى الآمة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم ان النبى عليه السلام قال وفى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام فى الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر انه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفى كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لايعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهى التى تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا فى الغالب لاجناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح حتى لو تحقق فى غيرهما نحو الساق واليد لايكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه

قوله فتفسير الخ وفى التفسيرة والفحن من الوجه بلاخلاف والعظم الذى تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه
عند من سوى هذه الشجاج الثلث فى اللحيين كان لها ارش مقدر عندنا خلافا لمالك وفى مبسوط شيخ
الاسلام ويجب ان يفرض غسل اللحيين فى الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا انا تركنا هذه الحقيقة
بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة ك (قوله ان يقوم الخ فان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ
وبعد الجراحة تسع قيمته تسعمائة ﴿ ٤٧٧ ﴾ علمت ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت
عشر الدية لان قيمة الحر ديته وبه اخذ شمس الائمة الحلوانى فى فتاوى قاضيخان الفتوى على هذا ك (قوله ينظر الخ بيان هذا ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح هكذا فى الذخيرة ك (قوله فصل لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها فى فصل على حدة ع (قوله على ما روينا وهو ما ذكر فى فصل ما دون النفس قوله عليه السلام فى كل اصبع عشر من الابل ك (قوله على ما مر وهو قوله ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ ك (قوله واليد اسم الخ واجيب
بانه وليس من توابعه له رحمة بالمنع فان اليد اذا ذكرت فى موضع القطع فالمراد به من مفصل الرسغ كما فى
آية السرقة ع (قوله ولا الى ان يكون الخ اى لا وجه اى ان يكون تبعا للكف لان الكف تابع للاصابع
حقيقة لانه من حيث التبع لا يجب للكف شئ ومن حيث انه اصل الساعد وجب ان يجب له شئ
فلا وجه الى الجمع بين الوجوب وعدمه ولما لم يكن الساعد تبعا لا الى الاصابع ولا الى الكف وجب اعتبار
لا وجه الى اهداره ولم يرد من الشارع فيه شئ مقدر فتجب فيه حكومة عدل ك

يرد الحكم فيه لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين
يختص بما يظهر منها فى الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما
اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما
ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر بعد الان الوجه مشتق من المواجهة
ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير
فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف
جوف الرأس اوجوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله
الطحاوى ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر
ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب
نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخى رحمه الله
ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف
عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل) (وفى اصابع اليد نصف الدية) لان فى كل اصبع عشر
الدية على ما رويناه فكان فى الخمس نصف الدية ولان فى قطع الاصابع
تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر (فان قطعها
مع الكف ففيه ايضا نصف الدية) لقوله عليه السلام وفى اليدين الدية
وفى احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها (وان
قطعها مع نصف الساعد ففى الاصابع والكف نصف الدية وفى الزيادة
حكومة عدل) وهو رواية عن ابى يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع اليد
والرجل فهو تبع للاصابع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب فى اليد
الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد
على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف
والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين
ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا
ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال (وان
قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية

وان كان اصبعين فالخمس ولاشيء في الكف) وهذا عند ابي حنيفة [illegible]
وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل
في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا [illegible]
اهدار احدهما لان كل واحد منهما اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع
اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع
في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى
من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاث [illegible]
يجب ارش الاصابع ولاشيء في الكف بالاجماع) لان الاصابع اصول
في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع
قائمة باسرها قال (وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للادمي لانه
جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة (وكذلك السن الشاغية) [illegible]
(وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال
الشافعي رحمه الله تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع
المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها
لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف
المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال
(وكذا لو استهل الصبي) لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة
الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على
النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطأ [illegible]
(ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة
في الدية) لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا
اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت
يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء
في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان
كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات
وجوابه ما ذكرنا قال (وان ذهب سمعه او بصره او كلامه [illegible]

(قوله ينظر الى ارش الكف اعلم انه اذا قطع الكف ولا اصابع فيها قال ابو يوسف فيها حكومة عدل لا يبلغ [illegible]
به ارش اصبع الواحدة يتبعها الكف على قول ابي حنيفة فلا تبلغ قيمة النبع قيمة المتبوع [illegible]
في الايضاح ك (قوله لان الكل شيء واحد فان ضمان الكف هو عين ضمان الاصابع وضمان الاصابع [illegible]
هو عين ضمان الكف فهو شيء واحد فوجب الترجيح بالكثرة كما قلنا فيمن شج رأسه وتناثر بعض [illegible]
حيث يدخل هنالك الاقل في الاكثر كذا هنا (قوله اصل من وجه اما الكف فلان الاصابع [illegible]
قائمة به واما الاصابع فلانها
الاصل في منفعة البطش
زيلعي (قوله وشرعا اما
من حيث الحقيقة فلان البطش
بالاصابع واما من حيث
الحكم فلان الاصبع له ارش
مقدر والكف ليس له ارش
مقدر وما ثبت فيه التقدير
شرعا فهو ثابت بالنص وما لا
تقدير فيه من الشارع فهو
ثابت بالرأي والرأي
لا يعارض النص فكان ما ثبت
فيه التقدير بالنص اولى
وهذا لان المصير الى الرأي
للضرورة وهذه الضرورة
لا تتحقق عند امكان ايجاب
المقدر بالنص ك (قوله لانه
جزء من يده قيل عليه انه
منقوض بما اذا كان في ذقن
رجل شعرات معدودة
وازالها رجل ولم ينبت مثلها
فانه لم يجب فيه حكومة
عدل وكان الشعر جزء من
الادمي بدليل انه لا يحل
الانتفاع به واجيب بان
الوجوب اذا بقي من
اثره ما يشينه كما في قطع الاصبع
الزائدة وازالة الشعرات
براسه لا يشينه فلا يوجبها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه ع (قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه جزء من [illegible]
والسن الشاغية ايضا جزء من فمه ك (قوله بالحركة اي الحركة عند البول كذا في الذخيرة [illegible]
(قوله فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان اذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه [illegible]
او من حيث ان العقل ليس في موضع يشار اليه فصار كالروح ع

(قوله وعن أبي يوسف الخ) هذا النفي ذكره إذا كان خطأ أما إذا كان عمدا يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر والكلام (قوله وجه الأول) وهو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام (قوله على ما بيناه) يعني قوله لأن بفوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء (قوله أن السمع والكلام مبطن) يراد به الكلام النفسي

بحيث لا يرتسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففي جعله مبطنا نظر (قوله مبطن بمعنى قوة السمع والكلام لا يعرف بالحس غالبا حتى لا يفرق بين الأصم والسميع والأبكم والأخرس في بادي الرأي غالبا كما لا يعرف بين العاقل وغيره في بادي الرأي بخلاف الأعمى والبصير اهـ (قوله فيعتبر بالعقل فيدخل أرش الشجة الموضحة في دية السمع والكلام كما تدخل في دية العقل ط) (قوله قالوا وينبغي الخ) أي قال المشايخ على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجب الدية في العينين والأرش في الموضحة ك (قوله ينبغي أن تجب الدية الخ) أي قال المشايخ على قول أبي يوسف ومحمد يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين ك (قوله لهما في الخلافية أي فيما إذا شج رجلا موضحة

أرش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الأول أن كل واحد منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك) عند أبي حنيفة قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما (وقالا في الموضحة القصاص) قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين (قال وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك) وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل (وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي) ولم يحك خلافا وينبغي أن تجب الدية في السن كله (ولو قال اقطع المفصل وأترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور وأترك الباقي لم يكن له ذلك) لأن الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة لهما في الخلافية أن الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا تتعدى إلى الأخرى كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والدية في الثاني وله أن الجراحة الأولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال لأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس فعلا مقصودا قال (وإن قطع أصبعا فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة وقالا وزفر والحسن يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه

فذهبت عيناه فلا في الموضحة القصاص والدية في العينين ك (قوله بخلاف النفسين جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه الخ ووجه ذلك أنا جعلنا الفعل واحدا من حيث أن الثاني حصل من سراية الأول وههنا ليس كذلك فإن السراية إنما تكون تبعا وهو إنما يتحقق في شخص واحد وبعض والنفس الثانية مباشرة على حدة ليس سراية الجناية الأولى إذ لا يتصور السراية من نفس إلى نفس فلا يمكن أن يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وهو خطأ الخ

(قوله انه يجب القصاص فيهما) اى فى الشجة وذهاب البصر وفرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من شجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب القصاص فيها فى الاول دون الثانى لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة ع (قوله كما لو آلت

وروى ابن سماعة عن محمد فى المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما فى النفس والبصر يجرى فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة فى نفسها ولا قود فى التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الا على رواية ابن سماعة (ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين) هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش) فى قول ابى حنيفة وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبى فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابى يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها فى مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكماله) لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود (وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت) لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغى ان ينتظر اليأس فى ذلك للقصاص الا ان فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال

اى آلت الجراحة وسرت الى النفس اى قطع اصبع رجل عمدا فسرى ومات يجب القصاص ك (قوله الا ترى الخ ايضاح لما ان ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبيب لا بطريق المباشرة اذ لو كان بطريق المباشرة لكان المعتبر ذهاب العينين فى اثبات موجبه دون الشجة كما اذا سرى الموضحة الى النفس لا يبقى الموضحة معتبرة حتى لا يجب موجبها بل المعتبر هو الجناية على النفس ك (قوله بقيت موجبة فى نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند ابى حنيفة والقصاص فى الموضحة والارش فى العينين عندهما ع (قوله فهو على الروايتين هاتين اى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعنى لا قصاص على المشهورة وفيها القصاص على رواية ابن سماعة ع (قوله انه تجب الخ اى فيما اذا قلع سن رجل ثم نبتت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل اى يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة كذا نقل عن ركن الائمة الصباغى ك (قوله ولو كسر

سن انسان من الاصل عمدا ونزعه من الاصل يجب القصاص قال بعض العلماء يؤخذ سنه بالمبرد الى ان ينتهى الى اللحم ويسقط ما سواه وان كسر بعض السن ولم يسود الباقى يجب القصاص بقدر ما كسر بالمبرد قاضيخان

(قوله فاختلفا قبل الخ اى قال المضروب سقطت سن من ضربك فقال الضارب لا بل من ضرب رجل آخر
فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا لان التأجيل ما كان الا ليظهر اثر فعله في تلك المدة فكان من ضرورة
الاجل أن يعتبر قول المضروب اذ لو لم يعتبر لم يكن مفيدا واما بعد مضي الحول فقد انتهى وقت ظهور
الاثر والمضروب يدعي على الضارب ان السقوط من اثر فعله وهو مضمون عليه وهو ينكر فكان القول قوله ك
(قوله وسنبين الوجهين اى وجه ﴿ ٤٨١ ﴾ قوله لاشيء على الضارب ووجه حكومة الالم والموعود بعد

هذا هو قوله سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف ارش الالم لان الشين وان زال فالالم الحاصل مازال ك (قوله يجب الارش وفي التتمة ثم ان محمدا اوجب كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لاترى او من الاسنان التي ترى قالوا ويجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لاترى فان فات منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا وان لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة العدل لان منفعته قائمة وجماله ليس بظاهر فيجب فيه حكومة عدل وان كان من الاسنان التي ترى يجب كمال الارش وان لم يفت منفعته لانه فوت جمالا ظاهرا على الكمال ك (قوله فيجب تقويمه اى تقويم الفائت بالالم وهو الصحة وهو مازال لان زوال الفائت بحصول البدل ولم يحصل لكن حصل صحة اخرى في زمان آخر غير قائمة مقام الفائت اعظم (قوله الا ان ابا حنيفة الخ جواب عن قول ابي يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه اجرة الطبيب ووجهه ان تحمل الالم من المنافع والمعالجة كذلك والمنافع على اصلنا لاتتقوم ع (قوله الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او بشبهة كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ع

(ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأنى حولا) ليظهر اثر فعله
(فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة
فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف
ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول
قول الضارب لان الموضحة لاتورث المنقلة اما التحريك فيؤثر في السقوط
فافترقا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لانه ينكر اثر فعله
وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر
(ولو لم تسقط لاشيء على الضارب) وعن ابي يوسف انه يجب حكومة الالم
وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت
يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص)
لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي)
لما ذكرنا (وكذا لو احمر او اخضر) ولو اصفر فيه روايتان قال
(ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش) عند
ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الالم
وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل مازال فيجب تقويمه
وقال محمد عليه اجرة الطبيب وثمن الدواء لانه انما لزمه اجرة الطبيب
وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة
يقول ان المنافع على اصلنا لاتتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد
في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه
فبرأ منها فعليه ارش الضرب) معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا
لم يبق اثره فهو على الاختلاف الذي مضى في الشجة الملتحمة قال
(ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه ارش اليد)
لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل
النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال
(ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعي يقتص منه

في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل
ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيه
مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعله تسرى الى النفس
فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال (وكل عمد سقط القصاص
فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل)
لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول
يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني
يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال (واذا قتل الاب
ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي تجب حالا لان
الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا
عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل
ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا
لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع
وقد ورد به مؤجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز اعتباره
باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جناية اعترف بها الجاني فهي
في ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور
ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي والمجنون
خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة
فصاعدا والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب
الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه
احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب
في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله
لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه انه
جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي

(قوله فهو في مال القاتل) لان الذي يجب بالصلح انما وجب بعقد والعاقلة لا تتحمل ما وجب بعقد وانما تتحمل ما وجب بالقتل زيلعي (قوله الحديث ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة
(قوله ولا عبدا اي ولا تعقل عاقلة الانسان ما جنى على عبد فيما دون النفس لان اطراف العبد يسلك بها مسلك الاموال والعاقلة لا تتحمل الجنايات المالية حتى لو قتل عبد انسانا خطأ فالقيمة على العاقلة لان ... بدل الدم
ودم العبد لا يسلك بها مسلك الاموال وقد قيل حتى ان المراد
منه ان العبد اذا جنى جناية فالمولى هو الذي يلزمه الدفع او الفداء دون عاقلة المولى كذا في الاوضح ك (قوله واذا قتل الاب الخ كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي ع (قوله فالدية في ماله فان قيل لما وجب المال يجب حالا لان وجوب المال يمنع الشهادة قيل وجب القصاص ههنا لانه عمد الا انه تعذر استيفاؤه لشرف الابوة فوجب البدل كيلا يهدر الدم وللبدل حكم المبدل وقال القاضي الامام ابو زيد يجب القصاص على الصبي كما يجب عليه ارش الجنايات وضمان المتلفات الا انه سقط لوجود مظنة للمرحمة ك (قوله لعدم التماثل لان الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فلا يتماثلان ك (قوله لا سيما الى زيادة فان المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية الا ترى ان في العرف يشترى الشيء بالنسيئة اكثر مما يشترى
بالنقد فايجاب المال بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع معنى كذا في المبسوط ك (قوله ولما لم
يجز الخ اي لم يجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفا لان الوصف تبع للقدر ك (قوله لما
روينا يعني قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا اعترافا ع

(محمد)

نوبة والكفارة الخ اى حكم الكفارة مطلق مدلول اسمها فان الحظر المترمل (قوله فى فصل الجنين
لما انهى الكلام على احكام الاجزاء الحقيقية عقبه باحكام الجزء الحكمى وهو الجنين لكونه فى حكم الجزء من الام
وهو بمعنى مفعول من جنه اذا ستره من باب طلب وهو الولد ما دام فى الرحم ملخصا ويكفى استبانة
بعض خلقه كظفر وشعر ورد المختار (قوله اذا ضرب بطن المرأة وكذا لو ضرب ظهرها او جنبها او رأسها
او عضوا من اعضائها فتأمل
رملى ونحوه فى ابى السعود
عن التحرير ى رد المختار
(قوله ففيه غرة غرة المال
خياره كالفرس والبعير
والبخت والعبد والامة
الفارهة كذا فى المغرب
وفى مبسوط شيخ الاسلام
سمى بدل الجنين غرة لان
الواجب عبد والعبد تسمى
غرة وقيل لانه اول مقدار
ظهر فى باب الدية وغرة
الشئ اوله كما سمى اول
الشهر غرة وسمى وجه
الانسان غرة لان اول شئ
يظهر منه الوجه ك (قوله
وكل منهما خمسمائة درهم
لان نصف العشر من عشرة
الآف هو العشر من خمسة
الآف ع (قوله قيمته
خمسمائة قيل وانما بين
الشارع القيمة اشارة الى
ان الحيوان لا يثبت فى الذمة
ثبوتا صحيحا الا من حيث
اعتبار صفة المالية ع
(قوله حيث قال دوه اى
ادوا ديته امر مخاطب من
الودى سمى الواجب

حد الرجمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على
عاقلة فالصبى وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية
فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبى قاصر
العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة
وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره
لانهما مرفوعا القلم (فصل) فى الجنين قال (واذا ضرب بطن
امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهى نصف عشر الدية) قال رضى الله
عنه معناه دية الرجل وهذا فى الذكر وفى الانثى عشر دية المرأة
وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شئ لانه لم يتيقن
بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روى عن النبى
عليه السلام انه قال فى الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى
او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة
نحو مالك والشافعى (وهى على العاقلة) عندنا اذا كانت خمسمائة درهم
وقال مالك فى ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على
العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه
وقالوا اندى من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون
خمسمائة (وتجب فى سنة) وقال الشافعى فى ثلاث سنين لانه بدل النفس
ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا
ان رسول الله عليه السلام جعله على العاقلة فى سنة ولانه ان كان بدل النفس
من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا
بالشبه الاول فى حق التوريث وبالثانى فى حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو
اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب فى سنة بخلاف اجزاء
الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين (ويستوى فيه الذكر
والانثى) لاطلاق ما رويناه ولان فى الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معانى

الآدمية وهو اسم لبدل النفس وهذا الحديث • ٣١ حديث حمل بن مالك بالماء والديم
اخرجه الستة عن حمل بن مالك قال كنت بين جاريتين فضربت احداهما بطن صاحبتها بعود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت
جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها
اندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثله بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان
او كما قال كذا فى العناية وغيرها ل

(قوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكره في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة تثبت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع نفسه والموت بسبب موت الام فلا يلحق بذلك لا قياسا ولا دلالة فيبقى على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان ع (قوله

الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فان القته حيا ثم مات ففيه دية كاملة) لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين) لانه قاتل شخصين (وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شئ في الجنين) وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال (وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقداره من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر ان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على اصله قال (فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع

وفي جنين الامة اي الذي لا تحمل من مولاها ولا من المغرور لان الحمل من احدهما حر فتجب الغرة ذكرا كان او انثى ك (قوله نصف عشر الخ بيان هذا انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته بعد ان كان ذكرا فوجب عشر قيمته وان كان انثى يجب عشر قيمته ولو ضاع الجنين ولم يمكن تقويمه باعتبار لونه وهيئته على تقدير انه حي ووقع التنازع في قيمته بين الضارب وبين مولى الامة المضروبة كان القول قول الضارب لانكاره الزيادة فان قيل ربما لا يمكن الوقوف على ذكورة الجنين وانوثته فماذا يجب قلنا تأخذ بالمتيقن كمن قتل عبدا خطاء والمقتول خنثى مشكل فانه يجب المتيقن كذا ههنا كذا في الظهيرية ك

(قوله ولا معتبر به اي بظهور النقصان في ضمان الجنين بدليل انه يجب ضمان الجنين وان لم يظهر في الام نقصان ك (قوله يجب ضمان الخ لا يجب الا ضمان نقصان الام ان تمكن فيه نقص فان لم يتمكن لا يجب شئ كما في جنين البهيمة لان الضمان في قتل الرقيق عنده ضمان مال حتى يجب قيمته بالغة ما بلغت (قوله اعتبارا بجنين البهائم ويجب في جنين البهيمة ما نقصت الام ان نقصت وان لم تنقص الام لا يجب شئ سراجيه درمختار

للمرايه على مايأتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة فى الجنين) عند الشافعى تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت فى النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذى قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فى جميع هذه الاحكام) لاطلاق ما روينا ولانه ولد فى حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا فى حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل فى الطريق

قال (ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه) لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا فى الحق المشترك قال (ويسع للذى عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما فى معناه اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام قال (وليس لاحد من اهل الدرب الذى ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم) لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفى الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل فى حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما قال (واذا اشرع فى الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته)

زنو به على ما يأتيك من بعد يعنى فى جناية المملوك والجناية عليه فى مسئلة ومن قطع يد عبده فاعتقه ثم مات من ذلك ع (قوله فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة والزجر انما يكون بشئ فيه عقوبة حتى انها تتادى بالمال والمال شقيق الروح فكان ازالة المال منه بمنزلة الروح ومن وجه عبادة لاديه بالصوم ك (قوله وقد عرفت فى النفوس المطلقة اى الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجرى فى العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا ترى انه لم يجب كل البدل ع (قوله بمنزلة الجنين التام والمرأة اذا ضربت بطن نفسها او شربت دواء لتطرح الولد متعمدة او عالجت فرجها حتى اسقطت الولد ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بغير اذن الزوج وان فعلت باذنه لا يجب شئ كذا فى الصغرى ك (قوله باب ما يحدثه الرجل الخ لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكام القتل تسبيبا والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه ع (قوله من عرض الناس العرض الضم الجانب وفلان من عرض العشيرة اى من شقها لا من صميمها ومراده الفقهاء بعد العصبات وقيل المراد بالعرض ههنا ابعد الناس منزلة اى اضعفهم وارذلهم ك (قوله لانها مملوكة لهم اى الغالب انها مملوكة وذكر فخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وبعض ذلك بعلة الملك فيتبقل وهى مملوكة وقد يسد منفذها وهى للعامة ولكن ذلك دليل على الملك ... عليهم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه ك (قوله روشنا الروشن الممر على العلو وهو مثل الرف كذا فى المغرب وقيل الروشن الخشبة الموضوعة على جدارى السطحين ليتمكن من المرور ك

لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شئ مما ذكرنا في اول الباب (وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما) لانه يصير كالدافع اياه عليه

(وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه (وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة (ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف) اعتبارا للاحوال (ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه) لانه متعد فيه (ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لم يضمنه) لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته

(ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا) لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب ...

(قوله وكذا اذا تعثر الخ اي الدية على عاقلة من اشرع الروشن او غيره ك (قوله فالضمان على ... ضمانها على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة ع (قوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيهما والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي ... من الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شئ منهما ع (قوله اعتبارا للاحوال اي للحالين يعني لو اعتبر الطرف الذي في الجدار لا يضمن شيئا ولو اعتبر الطرف الآخر يضمن الكل فقلناه بضمان النصف وفي فتاوى قاضيخان وان لم يعلم ايهما اصابه في القياس لا شئ عليه لوقوع الشك في الضمان وفي الاستحسان يضمن النصف ك (قوله اعتبارا للاحوال يعني يعلم بيقين انه قتيل الجراحة ولا يعلم انه باي الطرفين ان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه ضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين ع (قوله وبرئ مما يحدث منه وهذا التبري لا ينفعه لانه يبرء من ضمان يجب عليه وتبرء الانسان عن الضمان يجب عليه للغير باطل وان كان بعد سبب الوجوب ك (قوله استحسانا وفي القياس هذا كالاول لانهم باشروا احداث ذلك في الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداث ... وانما يعتبر امره فيما له ان يعمل بنفسه ك (قوله فكانه فعل بنفسه وفعله بنفسه مقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا الامر به عنايه

قوله ى فى الدار المشتركة يعنى ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحدث المفبقى ع (قوله لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها ع

انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالماء (بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه) لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن (ولو تعمد المرور فى موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شئ وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر فى المرور وكذا الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق فى اخذها جميعه او بعضه (ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استأجر اجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر قال (ومن حفر بئرا فى طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمانها فى ماله) لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة فى ماله والقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله (ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذى نحاه) لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثانى موضع آخر (وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى

(قوله فناء حانوت الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها كذا فى المغرب وذكر الامام التمرتاشى الفناء ما امتد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب ك (قوله يجب الضمان على الآمر استحسانا هذا اذا لم يكن الفناء مملوكا للمستأجر ك (قوله فالضمان على الاجير لفساد الامر بخلاف الفناء لانه يباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك فى فنائه اذا كان لا يتضرر به غيره وقد جرت العادة بذلك فى بلاد المسلمين فاعتبر امره فى ذلك ولكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة ك (قوله فى طريق المسلمين المراد بالطريق فى الكتب الطريق فى الامصار دون الفيافى والصحارى لانه لا يمكن العدول عنه فى الامصار غالبا دون الصحارى در المختار (قوله فنحاه غيره اى حوله عن موضعه الى موضع آخر رد محتار (قوله وفى الجامع الصغير الخ ذكر رواية الجامع الصغير وسط البيت وكذلك البالوعة

ذكرها فى الصحاح ك لاشتمالها على بيان اذن الامام عناية

(قوله او هو مباح الخ لان الانتفاع بطريق العامة انما يباح بشرط السلامة وفي شرح الاقطع والمدى
لو قعد في الطريق ليستريح او لمرض اضعفه فعثر به انسان ضمن لان المشي في الطريق مباح بشرط
السلامة كما ان الله تعالى اباح الرمي الى الصيد ولو رمى الى صيد فاصاب آدميا او شاة ضمن ، عثر به
السلامة فكذلك ههنا ك (قوله على هذا التفصيل يعني انه لو فعل بامر من له الولاية في الامر لم يضمن
ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمنه ع (قوله مما ذكرناه ﴿ ٤٨٨ ﴾ يعني من اول الباب الى هنا

الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة (وان كان بغير امره فهو متعد) اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن) لانه غير متعد (وكذا اذا حفره في فناء داره) لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح

(ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة) لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع (وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له) لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر (وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها) لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه (قال وان استأجر اجراء فحفروا له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه) لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فساده فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر

(هدا)

من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر (قوله وغيره يعني ما لم يذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع ع (قوله وكذا ان حفر الخ يعني كما اذا امره الامام فحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفره في ملكه وان لم يأذن له الامام ع (قوله او كان له حق الحفر بان اذن له الامام او كان لا يضر باحد زيلعي (قوله وهذا اي هذا الجواب صحيح وهو ان يضمنه اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة ع (قوله لانه مات لمعنى الخ اي صار كانه مات حتف انفه لا بسبب الوقوع في البئر وفي المبسوط وابو حنيفة يقول انما يصير هلاكه مضافا الى الحفر اذا هلك بسبب الوقوع ليجعل الحافر كالدافع فاما اذا طرأ عليه سبب آخر هو سبب لهلاكه كالجوع الذي هاج من طبعه او الغم الذي اثر في قلبه فانما يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب ولا صنع للحافر فيه (قوله لانه لا سبب للغم سوى الوقوع لانه اثر جعل الارض عميقا وهو من آثار حفره فان البئر ينبعث منها العفونة فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع في البئر واما الجوع فانه سبب آخر سوى الوقوع وهو بعد الطعام واحتراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام ك

(قوله فكان الامر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعنى قوله لاطلاق يده فى التصرف فيه الى آخره (قوله [illegible] انه ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالات بمقابلته اجيب بان [illegible] ليس لى فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم وهذا لفظ المبسوط فيكون الصريح [illegible] والدلالة فلا يعارض الدلالة ع (قوله والثانى تعد هو مباشرة) لانه اذا تعمد المرور بان كان بصيرا [illegible] آمرا للمرور [illegible] صار متعديا فيضاف التلف اليه دون المسبب وصار كانه اتلف نفسه فاما اذا لم يتعمد بان كان اعمى او ليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام فاما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن ك (قوله فهو ضامن لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه او على ظهره مباح لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف او الصيد زيلعى رد المحتار (قوله وان كان رداء قد لبسه الخ قيد باللبس لانه ان كان حاملا له فسقط على انسان فعطب به او سقط فتعثر به انسان ضمن درر الحكام (قوله وهذا اللفظ يعنى قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بوقوع الشىء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به وفى بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ع (قوله اذا لبس ما لا يلبس [illegible] يعنى مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب فى غير موضع الحرب ع (قوله فهو كالحامل اى لبس [illegible] زيادة على قدر الحاجة يضمن اذا سقط منه وعطب به انسان لانه لا يعم به البلوى (قوله او حصاه [illegible] اى حصاه فعل ماض مشدد الصاد معطوف على جعل ويدل على ذلك تفسير ابن كمال واما [illegible] مفردا بتاء الوحدة فضعيف وكذا ارادة الظرف ابعد فى منهوات ابن كمال ومن وهم ان المراد الظرف [illegible] فيه الحصاة فقد وهم رد المحتار

[illegible] (وفى الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه هنا بمنزلة كونه فى داره لاطلاق يده فى التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذى جعل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة فى الطريق فتعمد رجل المرور عليها) لان الاول تعد هو تسبيب والثانى تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما فى الحافر مع الملقى قال (ومن حمل شيئا فى الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط عنه فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشىء قاصد حفظه فلا حرج فى التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بوارى او حصاه فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند ابى حنيفة وقالا لا يضمن فى الوجهين لان هذه من القرب وكل احد مأذون فى اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابى حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافى الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان فى الصلاة

وان كان في غير الصلوة ضمن) وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقرأة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بنى للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة اولان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بنى للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره

(وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن) لان المسجد بنى للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلى فيه وحده

(فصـــــل) في الحائط المائل قال (واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال) والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو

(قوله اوللصلوة وذكر شمس الائمة السرخسي في الجامع الصغير والصحيح من الجواب على قول ابي حنيفة رح انه اذا كان الجالس منتظر الصلوة فانه لا يكون ضامنا لما يعطب به لقوله عليه السلام المنتظر للصلوة في صلوة مادام ينتظرها وانما الخلاف فيه اذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه او الحديث او قراءة القرآن ك (قوله او قعد فيه لحديث وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير ان جلس للحديث فعطب به رجل ضمن بالاجماع لانه غير مباح ﴿ ٤٩٥ ﴾ وان جلس رجل من غير عشيرته فيه في الصلوة فتعقل به انسان لا يضمن في الصحيح لان المساجد اعدت لصلوة العامة من غير خصوص فكان لكل واحد ان يصلى فيه وحده وانما المفوض الى اهل المسجد امر الصلوة بالجماعة ك (قوله فهو على هذا الاختلاف ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشتمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة الخ من لفظ المصنف بيانا لذلك ع (قوله وله ان المسجد الخ يعني ان المسجد بنى للصلوة وغيرها من العبادة تبع لها بدليل ان المسجد اذا ضاق على المصلى كان له ان يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه وان كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى وبقراءة القرآن او بتدريس او معتكفا وليس لاحد ان يزعج المصلي عن مكانه الذي سبق اليه لانه بنى لها واسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفي العبادة ايضا لا يعرف المسجد الا للصلوة فاذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان السكون فيه في حق احدهما مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفي حق غيرها مقيد بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل والتبع زيلعي

وجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا انى قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي قال (ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس

(قوله وله تعلق الخ) هذا جواب اشكال وهو ان يقال الهواء حق العامة وقد اشتغل بهذا الحائط فينبغي ان يكون تفريغه عليهم فاجاب بان له بالحائط تعلقا فكان النقض اليه شاهان (قوله يتحمل الخ) كما يرمى الى الكفار ان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى وقطع العضو للآكلة لدفع غرق هلاك النفس ك (قوله وتتحملها العاقلة) عند ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من السقوط عليه وعلى ان الدار له كون لان الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به على الغير ع (قوله بالطريق الاولى) اى هو احق بذلك لان الجناية دون الخطاء فيكون ادعى الى التخفيف زيلعي (قوله والشرط التقدم اليه) وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تهدمه فذلك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق مسلما كان او ذميا او صبيا او امرأة ع (قوله فكان من باب الاحتياط) حتى لو اعترف صاحب الحائط انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه ع (قوله ليست شهادة الخ) لان الثابت بهذا التقدم مال لا يسقط بالشبهة وهو المال لا القتل ك (قوله ويستوي ان يطالبه الخ) وفي شرح الاقطع وكذلك لو طالبت به امرأة او صبي او رجل غريب من بلد آخر لان جميع هؤلاء لهم حق المرور في الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم وفي شرح الطحاوي لو كان الحائط مائلا الى الطريق العام فان الخصومة فيه الى الناس مسلما كان او ذميا بعد ان كان حرا بالغا عاقلا كان او صغيرا اذن له وليه بالخصومة فيه وكان عبدا اذن له مولاه بالخصومة فيه ك

اليمه ابطل معهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين اولم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقض ضمنه) لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفريغ الى مالكها (واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر

(قوله والضمان في مال اليتيم فان قيل الوصي اذا ترك النقض بعد التقدم اليه الحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك دفع النقض مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة النقض وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط ولا يهلك به شيء فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان ع (قوله لان فعل هؤلاء كفعله اي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي وفي المبسوط اذا تقدم الى اب الصبي او الوصي في نقض الحائط ... ثم ... نقض حتى سقط على ... شيئا فضمانه على الصبي لان الاب والوصي يقومان مقامه وبملكان هدم الحائط فصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه ثم هذا في ترك الهدم بعمل لان للصبي وينظر اذ له فلهذا كان الضمان عليه دونهما كذا في المبسوط ك (قوله فهو في عنق العبد حتى يباع العبد كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه بفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى كذا في المبسوط ك (قوله لان الاشهاد من وجه على المولى اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهة الاذن انه لو ادعى انسان حقا في دار بيده مأذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه دين فظاهر عندهما واما عند ابي حنيفة فللمولى ان يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا ان فك الحجر بالاذن لم يتناول وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر ع (قوله ويصح التقدم الخ يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه منه ع

(قوله لان اصل ذلك ليس بعلة) اى القليل من الثقل والعمق لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع الكل علة واحدة فيضاف الحكم اليها ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت الا عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم رجحان البعض على البعض فلما اضيف التلف الى الكل وبعض الجراحات معتبر فى اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر وهو الذى هو هدر معتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احد النصفين واهدر الآخر وهذا لانه اذا لم يصلح البعض لاضافة الحكم اليه وصلح لقطع النسبة من المزاحمة ظهرت المزاحمة فى قطع النسبة وان لم يظهر فى حق استحقاق الحكم ك (قوله باب جناية الخ) ذكره عقيب جناية الانسان والجناية عليه مما لا يحتاج الى بيان ذلك ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل ذكره بعدهما بعده الرجل فى الطريق قبل جناية الرقيق ونسبة الجناية اليها لمشاكلة الجناية عليها رد المختار (قوله لانه يتصرف الخ) جواب لسؤال ذكره فى الذخيرة وغيره مع هذا الجواب وهو فان قيل هو غير متعد فى هذا التسبيب فان له ان يمر فى طريق المسلمين كما فى ملكه ولو مر عليها فى ملكه فاتلف شيئا بهذه الوجوه لم يضمن بها فيجب ان لا يضمن ههنا ايضا قلنا الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور مباح له فيه ويشبه ملك الغير من حيث ... يمر به فى طريق المسلمين مثله يطلق له التصرف فيه مرورا على الشبهين فاعتبرناهما ك (قوله فقلنا بالاباحة ...) ى فالنظر الى حقه يستدعى الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره يستدعى الحجر مطلقا فقلنا الخ عنايه (قوله ... فيه الخ) يعنى انا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكنه التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع من المشى والسير على الدابة مخافة ان يبتلى بما لا يمكن التحرز عنه فاما ما يستطاع الامتناع منه لو شرط عليه السلامة من ذلك لا يمتنع عليه استيفاء حقه وانما يلزمه به نوع احتياط فى الاستيفاء كذا فى المبسوط ك

كان نصفين فانقسم نصفين كما مر فى عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال (الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها) والاصل ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان اوقفها فى الطريق ضمن النفحة ايضا) لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لانه فى الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفى الثانى ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان راثت او بالت فى الطريق وهى تسير فعطب به انسان

لم يضمن) لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا اوقفها لذلك) لان من الدواب مالا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد فى هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها) والمراد النفحة قال هكذا ذكره القدورى فى مختصره واليه مال بعض المشائخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشائخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعى يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره وهذا تخويف بالضرب قال (وفى الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (الا ان على الراكب الكفارة) فيما اوطئته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهى آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وكذا الراكب فى غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء فى حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطئت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لا

(كس)

(قوله ضمن قال الرحمتى فلو اوقفها للازدحام او لضرورة اخرى ينبغى انه ان امكنه العود او انقص يضمن والا لا اه المختار (قوله ثم هو الخ جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله فى كونه تصرفا فى الدابة فيلحق به ووجهه انه اضر منه لما ان الايقاف ادوم من السير فلا يلحق به ع (قوله لما انه الخ اى لان الايقاف ادوم من التسيير وربما يكون مانعا لغيره من المرور فيكون فوق المرور فلا يلحق به بدلالة النص ك (قوله والسائق

الخ لما فرغ عن بيان احكام الراكب بين احكام السائق والقائد ع (قوله والمراد اى من قوله لما اصابت بيدها او برجلها وانما فسر التفسير بهذا لانه كان يجوز ان يراد بقوله لما اصاب بيدها او رجلها الوطء ولا خلاف لاحد انه يضمن فيه السائق والقائد وانما الاختلاف فى النفحة ولو لم يفسره بهذا لكان للمتأول ان يأول ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك ك (قوله فيمكنه الاحتراز عنه اى بابعاد الدابة عن المتلف او بابعاده عن الدابة ع (قوله ما ذكرناه وهو قوله وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه ك (قوله وانتقال الفعل الخ جواب عن قول الشافعى لان فعلها مضاف اليهم يعنى ان ذلك لا يكون الا بالقياس على الاكراه ولا يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وههنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على اصل آخر وهو ان سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام فى النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والمرد القوى ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام الرجل جبار ع (قوله بتخويف الخ يعنى ان الاضافة والانتقال انما يكون فى الاكراه الكامل وهو التخويف بالقتل او بقطع لا فى الاكراه القاصر وهو التخويف بالضرب وهذا الاكراه قاصر فلا ينتقل اليهم ك

(قوله كل واحد الخ) ذكر محمد في الاصل ان الراكب اذا امر آخر بنخس الدابة فوطئت انسانا كان الضمان
عليهما نصفين لان الناخس سائق والآمر راكب فقد تبين بما ذكر ان الراكب والسائق في ضمان
ما اتلفت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب ك (قوله سبب الضمان) لان كل واحد منهما بانفراده علة
للاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما اتلف بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف
التلف الى السوق في الاتلاف اي الركوب ﴿ ٤٩٥ ﴾ بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما
لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة ع (قوله فعلى عاقلة الخ) هذا ليس على اطلاقه بل محمول على ما اذا اتفقا لا لما في الاختيار سار رجل على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم وان عطب المقدم فالضمان على المؤخر وكذا في سفينتين عن ابي السعود رد المحتار (قوله دية الآخر) ذكر الفارس ليس بقيد فالحكم في اصطدام الماشيين وموتهما به كذلك ذكره في المبسوط ك (قوله كالماشي الخ) يعني اذا مات بالوقوع في البئر مع ان البئر بنفسها في قارعة الطريق ليست سببا لموته بل البئر مع المشي اليها سبب للموت والمعنى فيه ايضا هو ان كل واحد منهما مصدوم بصاحبه فكأنه اوقعه من الدابة بيده وهذا لان دفع صاحبه اياه علة

كل واحد سبب الضمان قال (واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسئلة الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله

مصدومة لا علة له في الحكم مقابلة المصدوم فلا يصلح ان يكون عنه معارضة للدفع الصادم فهو بمنزلة من وقع
في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على الحافر وان كان لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى
في البئر ك (قوله تجب على الخ) لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد
ويسلم الى ورثة العبد الجاني واخلف بدلا فيكون بدله لورثة الجني عليه وهو الحر لان القيمة التي دفعها عاقلة الحر
بدل عن العبد فيأخذها ورثة الحر بجهة كونه مقتولا لا بجهة كون الحر قاتلا ك

ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليه لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عنقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان معا ما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال (وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة اذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال (ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها يضمنه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن) والفرق ان بدن البهيمة يحتمل

(قوله بخلاف الرداء يعني اذا كان لابس رداء فسقط منه وعطب به انسان او غيره لا ضمان عليه لان الانسان لا يقصد حفظ اللباس ولا يمكنه ان يمشي عريانا وما لا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفوا ك (قوله لانه قاصد الخ ولان اللباس تبع للابس وهو لو وقع في الطريق وعثر به انسان لا يلزمه الضمان فكذا اذا عثر بلباسه زيلعي (قوله كما في المحمول على عاتقه فانه اذا وقع على شئ فاتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه ع (قوله اما اذا كان توسطها الخ قيد التوسط باخذ الزمام لانه اذا لم يأخذ فهو سائق للكل او قائد لانه ان كان يكون احيانا وسطها واحيانا يتقدم واحيانا يتأخر ولو كان رجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن فيما يصيب الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه ولكن هو معهم في الضمان فيما اصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه اما في البعير الذي هو عليه لانه راكب واما فيما خلفه فلانه قائد لما خلفه لان زمام ما خلفه مربوط ببعيره وقال بعض المتأخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده واما اذا كان هو نائما على بعيره او قاعدا لا يفعل شيئا يكون به قائدا لما خلفه فلا ضمان عليه في ذلك وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير كذا في المبسوط ك (قوله والقائد لا يعلم قيد به ليبتني عليه قوله ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه اذا علم لا يرجع عاقلته بما ادى على عاقلة الرابط ك (قوله وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء اي القائد والرابط بطريق الشركة وكل منهما مسبب اي ان كل منهما مسبب وهذا يوجب الاشتراك في الضمان ك (قوله قالوا هذا الخ يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير او الوقوف والمشائخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط ع (قوله ومن ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو ارسل كلبا فاصابه

(قوله بمنزلة من دمه قالوا ولو ارسل بازيا في الحرم فقتل صيد الحرم لا يضمن المرسل زيلعي (قوله لم يضمن
حتى ان اصاب الكلب شيئا في فور الارسال لا يضمن المرسل ك (قوله مختارة الخ الاصل ان الفعل الاختياري
يضاف الى فاعله ولا يجوز اضافته الى غيره الا اذا تركنا ذلك في فعل البهيمة اذا وجد منه السوق بخلاف ما اذا
ارسل الكلب الى صيد حيث يؤكل ما اصابه وان لم يكن سائقا لان الحاجة مست الى الاصطياد فاضيف الى المرسل
لكن في تلك الجهة زيلعي (قوله فالمرسل ضامن قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى
وفي النهاية وان كان اصاب الكلب شيئا في فور الارسال لا يضمن المرسل بخلاف الدابة حتى قالوا اذا ارسل كلبا او دابة فاصاب في فوره شيئا يضمن في الدابة دون الكلب والطير ك (قوله الا اذا لم يكن طريق آخر سواه اي سوى طريق اليمنة او اليسرة بان كان على الجادة ماء او وحل فح لا ينقطع حكم الارسال ايضا كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة ك (قوله لان تلك الوقفة الخ يعني ان هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الارسال حتى حل ما قتله من الصيود ولو انقطع حكم الارسال لما حل كما لو قتله هو بنفسه من غير ارسال فلما كانت وقفة الكلب تحقق مقصود المرسل الذي هو اخذ الصيد كان لهذه الوقفة حكم السير فلم ينقطع حكم الارسال كذلك ك (قوله وهذه اي هذه الوقفة التي هي وقفة الدابة والمراد بها الفرس او المهر وامثالهما ينافي مقصود المرسل الذي هو السير ك

سوق ما عبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه
سواء وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد
ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة
في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو
الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد
مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وروي عن ابي يوسف
انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا صيانة لاموال الناس قال وذكر في المبسوط
اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان
سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة
انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم
سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذت
الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه
تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد
فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق
يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد
فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي قال (ولو ارسل بهيمة فافسدت
زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق آخر
لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا
لا ضمان على صاحبها) لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد
هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه
من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها) لان
المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفي عين بقرة الجزار
وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس) وقال
الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام

(قوله وبخلاف الخ معطوف على قوله بخلاف ما اذا
وقفت لان حكمه مخالف لحكم اصل المسئلة ثم في قوله وبخلاف ما اذا ارسله الى صيدا الى آخره ذكر الفرق
بين الارسالين كما انه في قوله بخلاف ما اذا وقفت ذكر الفرق بين الوقفتين ك (قوله هي المنفلتة
اي العجماء التي اهدر النبي عليه السلام فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان افسادها اذا كان في فور
الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيرها احترازا عن الاجراء على عمومه عنايه

قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعلمنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احداها

(ومن سار على دابة في الطريق فضربت برجلها او نفحتها فمحت رجلا

او ضربته بيدها او نفرت فصدمته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا قال (وان نفحت الناخس كان دمه هدرا) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس) لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة (قال ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر قال (ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا نصفين اذا كانت في فورها الذي نخسها) لان سيرها في تلك الحالة مضاف

(قوله ولان فيها الخ دليل معقول وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود فيها اللحم وفقاء العين لا يفوته بل هو عيب فيلزمه نقصان المالية ع (قوله فبشبه الآدمي في ايجاب الربع من حيث انا اوجبنا المقدار من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف فوجب نصب التقدير الواسط عملا بهما وذكر الامام التمرتاشي وقيل لو فقاء الاخرى او فقاهما صاحب القيد ان سلم الجثة وفي جامع ابي بكر فقاء عيني الدابة فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على ... وضمنه القدر

وان شاء امسكها وضمن النقصان وهذا لان المعمول به في هذا الباب النص والنص ورد في عين واحدة فيقتصر عليه ك (قوله ولانه انما يمكن الخ دليل آخر لكن الاعتماد على الاول الا يرى ان العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا قال فخر الاسلام ع (قوله دون الراكب فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس ترك بالاثر وفيه اثر عمر وابن مسعود وقد اشار المصنف ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس والمدفوع الى الشئ وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود (قوله والراكب في فعله الخ يعني ان الراكب مباشر فيما اذا تلفت بالوطء لانه يحصل التلف بثقله (البوب) كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان ... وترجح الناخس في التغريم للتعدي ع (قوله لما بيناه اشارة الى قوله لان الراكب والمركوب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه وليس بشئ فتأمل عنايه (قوله والثاني اي الوطء ... الى الناخس لانه كالسائق مع الراكب فيضمنان ما وطئته الدابة عنايه

فيهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف من هذا الوجه فيقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعله بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه امره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره) لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما (ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء) لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال (واذا جنى العبد جناية خطاء قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه) وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان

(قوله ولا يتناوله من حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس فيه ولا من ضرورات من هذا الوجه يقتصر عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء ع (قوله والركوب الخ) جواب سؤال تقريره ان الراكب صاحب علة للوطء على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجل حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس فانه صاحب شرط في حق فعل الوطء والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطء ولكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما ع (قوله صبيا يستمسك الخ انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فالانسان على احدهما الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى احد كانت منفلتة وفعلها جبار ع (قوله والناخس اذا كان عبدا يعني نخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدي ع (قوله وان كان صبيا ففي ماله قال العلامة النسفي في الكافي يحتمل ان يراد به اذا كانت الجناية على المال او فيما دون ارش الموضحة قلت ويحتمل ان يراد به ان الصبي اذا كان من العجم لانه لا عاقلة للعجم ك (قوله باب جناية المملوك الخ) لما فرغ عن بيان احكام جناية المالك وهو الحر شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبته لان المملوك يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر باب جناية المملوك عن باب جناية البهيمة لان جنايته كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك ع

(قوله فتجب في ذمته اى في ذمة العبد لان زمان الجناية في حق من لا عاقلة له بمنزلة حبس المال ومعرب
واعتاق ذمته ثم المدبر في ذمة العبد يكون شاغلا للمالية رقبته فيباع فيه الا ان يقضى المولى دينه ك (قوله
كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ يجب ديته في رقبته لا على عاقلته كما في اتلاف اموال ع
(قوله ولنا ان الاصل الخ فيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى
وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وبناؤه

على اصل ونحن على اصل فمن اين يقوم لاحدهما حجة على الآخر ويمكن ان يقال ان قوله الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف بالحل فان الاصل ذلك في موجب جناية العمد او الخطاء الاول مسلم ولا يفيد اذ الكلام في الخطاء والثاني عين النزاع ل (قوله الا انه يخير الخ استثناء من قوله والمولى عاقلته جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك مذكور في الكتاب وتحقيقه ان الخطاء يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر التخفيف فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار ع (قوله غير ان الخ جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الجاني الحر اذا مات فان العقل لا يسقط من عاقلته ع

اذا قتل عندي اى عند الشافعي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر ل (فان دفعه ملكه ولى الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا) اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمى فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وايهما اختاره وفعله لا شئ لولى الجناية غيره) اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر من الجناية بالفداء جعل كان لم تكن وهذا ابتداء جناية قال (وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولى الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما

(واما)

(قوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها التمرتاشي ان الفدية هو الاصل لكن للمولى ان يسقط هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكرنا في الاسرار ان مشايخنا ذكروا ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى والمختص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع فقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد ع

(قوله لايمنع الخ وهذا بخلاف الرهن فان تعلق حق المرتهن بالرهن يمنع تعلق حق الثاني بمعنى ان من مات بعد الرهن وعليه ديون لغيره قبل الرهن او بعده لايتعلق سائر الديون به لان الرهن يمكن والارتهان استيفاء حكما فيعتبر ان بالايفاء والاستيفاء الحقيقيين ففي الحقيقي لايبقى تعلق فكذا فيما هو في حكمه ك (قوله على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلابد من ان يقسم على قدر المعوض كذا في الايضاح ك (قوله وعلى هذا حكم الشجاج يعني لو شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة نصف العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا ع (قوله لان الحقوق مختلفة يعني فجاز ان يختار في احدهم خلاف ما يختار في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم ع (قوله والحق يجب الخ هذا جواب اشكال وهو ان يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فينبغي ان يتمكن المولى من ان يفدى من احدهما وان يدفع الى الآخر كما في الجنايات المختلفة ك (قوله ثم للوارث خلافة عنه لايقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى ع (قوله والطلاق الجواب يريد به قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس ومادونه ع (قوله ينتظم الخ يعني اذا باع مولى العبد الجاني العبد بشرط الخيار للمشتري كان ذلك اختيارا منه للفداء وفي الايضاح اما على قولهما فلان الملك يثبت للمشتري واما على قول ابي حنيفة فملك البائع يزول وان لم يثبت للمشتري وعوامه الفتح يكون بزوال الملك البائع له

واما ان تعديه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألاترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لايمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما (وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا) لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات (وللمولى ان يفدى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ماتعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدى من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها (فان اعتقه المولى وهو لايعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش) لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لااختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لايسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع والطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها وكذا المعنى لايختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك مازال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان

الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزء منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطى الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينتقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن فى الاظهر من الروايات وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولى الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث فى يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعى اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار

(قوله بخلاف الكتابة الفاسدة اى يصير مختارا للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فانه هناك لا يكون مختارا للفداء قبل التسليم الى المشترى وفى الايضاح ان موجب عقد الكتابة الفاسدة تثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض ك (قوله ولو ضربه فنقصه بان اثر فيه حتى صار مهزولا وقلت قيمته ببقاء اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا ان يرضى ولى الجنايه ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضى به ناقصا صار كان النقصان حصل بآفة سماوية ع (قوله لانه حبس الخ ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم به ثم ذهب البياض قبل ان يخاصم فيه لا يكون مختارا للفداء بل يدفع او يفدى لان النقصان لما زال جعل كان لم يكن ولو خوصم فى حالة البياض فضمنه القاضى الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ لا يرد لان الخيار قد استحكم بانضمام القضاء اليه ك (قوله وان لم يكن معلقا وانما قيد به لاثبات الفرق بين وطى البكر والثيب لان بوطى الثيب لا يكون مختارا للفداء ما لم يكن الوطى معلقا فى ظاهر الرواية وروى عن ابى يوسف ان مطلق الوطى يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فيكون دليل على امساك العين (قوله بخلاف التزويج اى لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المصنف بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو اقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يحصل لها نوع عيب ولكن لما كان حكميا لم يثبت اختيار الفداء ع (قوله فهو مختار الخ وفى المبسوط وان كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص فلا شئ على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق مفوتا حق ولى الجناية فلذلك لا يلزمه شئ ك

قال (وإذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه) ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان أطراف العبد لا يجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدله فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من العاقل الاقدام على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا بان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من

قوله (ووجه ذلك الخ يريد به بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق ع (قوله تبين ان الصلح وقع باطلا) وسماه باطلا بناء على ما اختاره بعض المشايخ من ان الموجب الاصلي هو القود فكان الدفع بدل الصلح لسقوط موجب الجناية ع (قوله فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان المصالح عنه وهو المال قد زال والذي وجب القتل لم يكن وقت الصلح فبطل ع (قوله كما اذا وطئ الخ اي كما اذا طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليها فانه لا يصير شبهة لدرء الحد ع (قوله الا بان يجعل صلحا الخ فيجعل مصالحا من ذلك مقتضى للاقدام على الاعتاق ويجعل المولى ايضا كذلك دلالة وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود ولهذا لو نص الخ ع (قوله وذكر في بعض النسخ قال فخر الاسلام وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة ع (قوله الى آخر ما ذكرنا يعني وان لم يعتقه رد على المولى ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو ع (قوله وهذا الوضع اي الوضع الثاني وانما خص هذا النوع بوروده اشكالا لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظرا لعفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح لانه ليس فيه حط شيء بل العبد موجب سببه بعينه واذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو ك (قوله وههنا قال يجب فانه قال وقيل للاولياء اقتلوه ك (قوله ما ذكرناه وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح الخ كفاية

(قوله واذا جنى الخ) الاصل انه اذا جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع الى ولى الجناية والفداء فان اختار الدفع الى ولى الجناية ثم بيع فى الدين فان فضل شئ فهو لولى الجناية لانه بدل ملكه والاصل فيه وانما بدئ بالدفع جمعا بين الحقين لانه امكن بيعه بعد الدفع ولو بدأ ببيعه فى الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم يوجد فى يد المشترى جناية (قوله ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان) قيد به ليبنى عليه قوله فعليه الضمان لانه باعتاقه

قبل قال (واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية) لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبى حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبى انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر فى مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما بالاتلاف الحق فلا ترجيح فيظهر ان فيضمنهما قال (واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها فى الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق ان الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع فى ذمة المولى لا فى ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقى وهو الدفع والسراية فى الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال (واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شئ له) لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد) لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا وفداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وانا صبى او بعت دارى وانا صبى او قال طلقت امرأتى وانا مجنون او بعت دارى وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال (ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتى وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل

وهو عالم بجنايته كان عليه الدية اذا كانت الجناية فى النفس لاولياء الجناية وقيمة العبد لصاحب الدين اهـ (قوله بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء) فائدة الدفع ان يثبت لهم حق الاستخلاص بالفداء فان للناس اغراضا فى الاعيان وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجب الجناية صيرورته جزاء فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شئ صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى اهـ (قوله فانه يباع الولد معها) هذا اذا ولدت بعد الاستدانة اما اذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها واما الاموال التى حصلت لها بطريق الهبة او الصدقة او التجارة فهى احق بها من مولاها فى اداء دينها بها ويستوى فى ذلك ان كانت اكتسبت قبل لحوق الدين او بعده لان بلحاق الكسب يعتبر حتى لو نازعها فيه انسان كانت خصما فيه باعتبار يدها ويقضى حاجتها به مقدما على حاجة المولى فما قبل ان يلحقها الدين وهذا بخلاف ما اذا ولدت قبل ان يلحقها الدين لان ولدها ليس من كسبها ولكنه جزء متولد من عينها فكما ان نفسها لا يكون من كسبها فكذلك ولدها الا ان نفسها تباع فى الدين لالتزام المولى ذلك بالاذن لها فى التجارة وذلك لا يوجد فى حق الولد ولو تعلق به حق الغرماء انما يكون بطريق السراية ولا سراية بعد الانفصال لان الولد بعد الانفصال نفس على حدة اهـ

ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن إلا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها) لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الأولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى تملكه عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان (قال وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بيناه من قبل (ولا شيء على الآمر) وكذا إذا كان الآمر صبيا لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما (ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق) لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية قال (وكذلك إن أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا يرجع له على الأول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا إذا كان القتل خطأ وكذا إذا كان عمدا والعبد القاتل صغير لأن عمده خطأ أما إذا كان كبيرا يجب

قوله إلا الجماع أو الغلة بأن قال جامعتك وأنت أمتي أو أخذت منك غلة وأنت أمتي فقالت بل كان ذلك بعد العتق فالقول قول المولى ك (قوله إلا شيئا الخ يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم بعينه وأخذهما منه على هذا الوجه فإن الرد يجب عليه بناء هذه المسئلة عند محمد على الأصل المذكور وأجاب عن أصله بأن القائم بعينه أقر بيدها الخ ع (قوله كما إذا قال الخ أي قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وأرشا فقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إذا كان صحيحا حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول إلى المال فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق ع (قوله فقأت ليس المراد من الفقء القلع لأنه لا قصاص في القلع ولكن المراد منه إذهاب الضوء مع بقاء العين وفيه القصاص ك (قوله ثم فقئت أي ذهبت عيني اليمنى وسقط القود كافي (قوله وكذا يضمن لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن مال الحربي إذا كان مستأمنا مجتبى (قوله إذا أخذه أي صورته مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذت مني وأنا مسلم ع (قوله لا يوجب العقر لأن حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها لأنها ليست بمال وكذا أخذ الغلة فإن المولى إذا ضرب على عبده غلة وهو مديون يصح ولو أخذ لا يكون مضمونا على المولى فكان منكرا لا مقرا ذكره الإمام الكساني ك

القصاص لجريانه بين الحر والعبد (قال وإذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف (فإن كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ) لأنه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفا (وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند أبي حنيفة وقالا يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ وربعه لولي العمد) فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم أرباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات (قال وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أي قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب أيضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف أن حق القصاص

(قوله فالقسمة عندهما الخ) حاصل هذا أنه تعتبر أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالتركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهم على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسألة بيع الفضولي وهي أن فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد في هذه المسألة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لوليي الخطاء وربعه للساكت من وليي العمد لأن حق وليي العمد كان في جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق وليي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة وبقي النصف الآخر واستوت منازعة وليي الخطاء والساكت من وليي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسألة الفضوليين ولأبي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف والقسمة بينهما في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لأن حق وليي الخطاء في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة ويضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذا هذا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشتري ابتداء فعابه (قوله وقالا يدفع الخ) يعني أن نصيب من لم يعف ما لا يعمر صاحبه صار نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع وما أصاب ملك نفسه سقط كفاية

نبت في العبد على سبيل التبرع لان ملك المولى لايمنع استحقاق القصاص له دائما احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لايستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية ولهما ان مايجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لايستوجب على عبده دينا فلاتخلفه الورثة فيه

(فصل) (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لاتزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة مابلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة مابلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لايملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لايرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى العقد بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لاسمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة

بوجوبه في واحد الخ يعني ان حق كل واحد من الموليين في نصف القصاص شائعا لان ملك المولى لايمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقى على اصل الحرية والمولى من دمه كاجنبي في دمه فاذا وجب لكل منهما نصف القود شائعا نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فلما عفا احدهما انقلب شائعا مما صادف ملكه سقط وبقي ماصادف ملك صاحبه وهو الربع مل (قوله فصل لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية ع (قوله خمسة هذا اظهر الروايتين وفي الحسن عن ابي حنيفة انه يجب خمسة آلاف درهم الا خمسة ك (قوله وقال ابو يوسف والشافعي الخ هذا القول من ابي يوسف قوله الآخر وكان يقول اولا مثل قولهما وهذا الاختلاف بناء على ان الواجب بقتل العبد خطأ ضمان المال ام ضمان النفس فابو يوسف والشافعي رجحا جانب المالية لان ضمان المال بالمال اصل وضمان ماليس بمال بالمال بخلاف الاصل ومهما امكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لايصار الى ايجابه بخلاف القياس ك (قوله ولهذا يجب للمولى الخ يعني لو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدية مبقى على اصل الحرية ولهذا لاينفذ اقرار المولى بالقصاص على عبده فان قيل وجوب الدية للمولى لايدل على انه بدل المالية الا ترى ان القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمدا وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق قلنا استيفاء القصاص مبني على الولاية والسلطان ولي من الاولياء والمولى ولي العبد فيجب القصاص له واما استحقاق المال لايبتني على الولاية الا ارث اداوجد سببه ولايجري الارث بين المولى وعبده فعلم انه انما يستحقه ليجبر فوات ملكه كما في سائر الاموال وكما في الغصب ك

لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف ما اذا

(قوله بأثر عبد الله بن عباس وفي نسخة الكتاب بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم رواه القدوري في شرح مختصر الكرخي وبه قال النخعي والشعبي ورواه عبد الرزاق وابن ابي شيبة كذا قال علي القاري وهذا كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما الطريق معرفتها بالسماع من صاحب الوحي ط (قوله لا يزاد الخ هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية وفي المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب الا في رواية عن محمد انه يجب في قطع يده خمسة آلاف الا خمسة وهذا لان العبد في حكم الجناية على الاطراف بمنزلة المال ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا يتحملها العاقلة الا ان محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد والعبد يساوي ثلاثين الفا ضمن خمسة عشر الفا ك (قوله فهو مقدر الخ يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية ع (قوله على ما قررناه اشارة الى قوله ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله (قوله وفيه الكلام اي في وجوبه على وجه يستوفى ولا كلام في اصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره ك (قوله فيما يحتاط فيه اي فيما لا يثبت بالشبهات احترز به عما قال لآخر لك علي الف درهم من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال ويجري البذل والاباحة فيها ولا يبالي باختلاف السبب ك (قوله فثبوت الولاية اي ثبوت ولاية استيفاء القصاص في العمد للمولى ك (قوله الفصل الاول يعني ما اذا كان له ورثة غير المولى لا يجب القصاص بالاتفاق لان المقضي له مجهول عنايه

لاولى لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم
ويختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما
والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطاء
دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه
ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد
مبقي على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي
يتولاه ادلا وارث له سواه فلا اشتباه فمن له الحق واذا امتنع القصاص
في فصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت
الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما
الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبديه
احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى) لان
العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق
الشجة (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق ان البيان
انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان
فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا
محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد
منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما
حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه
لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتناه ولاية النقل
من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون
الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال (ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى
دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند
ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع

بخلاف المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح فالمقضي له المولى ولو اعتبرنا حالة الموت فالمقضي له الورثة اه
(قوله بخلاف تلك المسئلة يعني المستشهد بها بقوله كما اذا قال لآخر بعني هذه الجارية الخ فان الحكم
ثمة مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا
يثبته مقصودا فاختلاف السبب هنا بانه (قوله وذلك في الخطا حتى ان من جرح عبد انسان خطأ ثم اعتقه
مولاه ثم مات من تلك الجراحة ﴿ ٥٥٢ ﴾ ينقطع السراية فلا يلزمه الدية ولا القيمة اه (قوله فاوقع
العتق اي بين ذلك اليمم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل به على ان العتق لم يدرل على احدهما في حق الارش معينا وان كان وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه اذا قال احدكما حر فمات احدهما او قتل تعين العتق في الآخر عنايه (قوله تجب دية حر وقيمة عبد هذا اذا كان القاتل واحدا وقتلهما معا واستوت قيمتهما اما اذا كان القاتل اثنين فيجيء بعده واما اذا قتلهما الواحد على التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الآخر لورثته لان بقتل احدهما تعين الآخر للعتق فتبين انه قتله وهو حر واما لو قتلهما معا كان عليه قيمة ودية حر ان استوت القيمتان وان اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا او قتل الحر يوجب الدية وليس احدهما باولى
من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما ولان البيان فات حين قتلا وعند
فوت البيان يشيع العتق فيهما اه (قوله انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات
احدهما فبين العتق فيه لا يصح (قوله واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر
عليه لانه لا يجبر على انشاء العتق اه

العبد واخذ قيمته) وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لان الضمان مقابل بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

(فصل) في جناية المدبر وام الولد

قال (واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها) لما روي عن ابي عبيدة انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة

(قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه اي لان اعتبار المالية في حق الذات قصرا عليه يعني ان لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذات فحسب بل اعتبرت في حق الاطراف ايضا ك (قوله واذا كانت الخ اي ان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قدر الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها تسلك مسلك الاموال واذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها كقيامها في الذات وفواتها كفواتها في الذات ولان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد الاتلاف من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يقدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة ع (قوله على الوجه الذي قلناه اي ان شاء امسك العبد واخذ نقصانه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته ك (قوله ان لا ينقسم الخ ولهذا لا يتوزع كمال الدية على الفائت والباقي بل يكون كله بازاء الفائت بان فقأ عيني حر يجب كمال الدية ولا يسقط من الباقي شيء لحصة الجثة ح ملخصا (قوله فصل في جناية الخ لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط في اسم اوجبا تأخير ذكرها عن المدبر ع (قوله لما روي عن ابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه وكان اميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع ع

ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف الدفع لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة) لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال (فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شئ عليه) لانه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شئ على المولى) لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين (واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة) لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير (واذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شئ عتق او لم يعتق) لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل فمات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان

(قوله ويتضاربون بالحصص الخ) حتى لو قتل انسانا خطأ وقيمته الف درهم فزادت قيمته حتى صارت الفين وقتل آخر بعد ذلك خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية كان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذين الالفين لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهي الف درهم ولا حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط خاصة وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها للاول بعشرة آلاف وللاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها للآخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شئ من حقه ويضرب فيها للاول بعشرة آلاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك اه (قوله فلا شئ عليه) اى على المولى لانه ما التزم اكثر من قيمة واحدة بجنايات وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شئ ع (قوله ان شاء اتبع المولى) اى بنصف القيمة في دفعه ورجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (قوله لابطاله الخ) دليل وجوب الضمان على اعتبار المقارنة فانه اذا كان مقارنا يكون مبطلا حق ولي الجناية الثانية بالدفع الى الاول اه (قوله باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك) لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به عادة

كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه) والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال (وإذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن) لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الأول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الأولى إذ كانت

(قوله إن الغصب الخ يعني أن الغصب من أسباب الملك لما عرف من مذهبنا أن المغصوب يملكه بعد أداء الضمان فإذا تخلل الغصب بين الجناية والسراية ينقطع السراية كما لو تخلل بينهما بيع وإذا انقطعت السراية صار كأنه غصب عبدا أقطع ومات عنده لا من القطع وأما إذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مستردا للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع ألا ترى أن المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضا وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية فيبرأ الغاصب عن الضمان اهـ (قوله لأنه سبب الملك الخ يخالف مذهبنا فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لأن السراية إنما ينقطع به باعتبار تبدل الملك وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا نص عليه في آخر من الجامع والباب الثاني من جناياته إلا أنه ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم ينقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لأن الشيء إنما يرتفع بما فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكما لا حقيقة لأن بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما ولم يرتفع الغصب بحصول السراية في محل المولى فتقرر الضمان فلا يبرأ عن موجبه عليه بعد الغصب اهـ (قوله من غير أن يصير الخ) لأن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجاني من غير علم الجناية فإن فيه الأقل من قيمته ومن الأرش فكذا هذا اهـ (قوله ولهما أن الخ) والجواب عن قول محمد أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى ولي الجناية الأولى عوضا عما أخذه ولي الجناية الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد

قوله وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر لما بينا واما عند محمد فانما امتنع الدفع اى ولى الجناية الاولى في مسئلة الاولى كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على مابينا وهو لا يلزم ذلك لان ما اخذه من الغاصب عوض عما دفع اى ولى الجناية الثانية فاذا دفعه اى الاولى لا يجتمع العوضان في ملك واحد وفي الاول يجتمع لان عوض ما اخذه هو بنفسه ثم اذا دفعه الى ولى الاولى لا يرجع به على الغاصب بالاجماع زيلعى

قوله ... مع اى محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير في العبد بعد ما وضعه في حق المدبر لان

من في يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به) والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ماذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة (قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع رقبته واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم (يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب (فيدفع نصفها الى الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدى الى ماذكرناه (قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاة او بحمى فليس عليه شئ وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى

كلتا المسئلتين مذكورتان في الجامع الصغير كافي (قوله ويرجع به اى ذلك النصف الذي اعطى الى ولى الجناية الاولى ن (قوله ويرجع به اى بالنصف الذي دفعه ثانيا الى ولى الجناية الاولى (زيلعى (قوله ثم قيل الخ يعني قال بعض المشايخ في هذه المسئلة خلاف محمد ايضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولى الجناية الاولى ما بقى من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولى الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب قيل هذا هو الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف كذا ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن قوله واما في هذه المسئلة فيمكن الخ نظرا فان الجناية ... وان حصلت في يد الغاصب يمكن اخذ المولى منه

دله ... ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه ع (قوله ومن غصب صبيا فذكر الغصب في حق الحر وقع مجازا لان الغصب انما يتحقق في الاموال لا في الاحرار واراد به ذهب الصبي بغير اذن وليه ن (قوله صبيا يريد به صبيا لا يعبر به عن نفسه لانه اذا كان يعبر عن نفسه ... بلسانه فلا يثبت يده حكما وههنا قد فارق يده فلا يعارضه بيده ولسانه كذا في الاسرار كفاية

(قوله وقد ازال حفظ الخ اشارة الى الجواب عن المكاتب الصغير فان الكتابة اذا صحت ثبتت للمكاتب فيكون في يد نفسه صغيرا كان او كبيرا بخلاف الصغير الحر فانه في يد الولي الا ترى ان المكاتب الصغير لا يزوجه احد والصغير الحر يزوجه وليه فعرفنا ان المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير وفيه لا يضمن شيئا هو ما واما حكم الحر الكبير فانه اذا غصبه انسان ونقله الى مكان فاصابه شيء من هذه العوارض ينظر فيه ان الغاصب حتى اصابه ولم يمكن التحرز عنه يضمن لان المغصوب محجر عن حفظ نفسه

فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه عن حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن كالماشي اذا علم بالبئر ومشى كذلك حتى وقع في البئر لم يضمن الحافر شيئا بخلاف الصغير فانه عاجز عن حفظ نفسه من اسباب التلف كالماشي على البئر اذا لم يعلم البئر كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله (قوله فعلى عاقلته الدية اراد القيمة وانما ذكر لفظ الدية لانها بازاء الادمية والقيمة بازاء المالية والواجب في العبد بازاء الادمية عند ابي حنيفة وابي يوسف كافي (قوله وكذا اذا اتلفه الخ يعني انه يضمن التلف ولو كان التسليط على الاستهلاك ثابتا في حق الصبي المودع ليثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح وكل من اتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه ع (قوله حيث وضع المال الخ اذ عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الامور فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله صار كالاذن له في الاتلاف كافي (قوله بخلاف البالغ والمأذون يعني لو اتلفا يضمنان بالاجماع لان لهما ولاية على انفسهما فيصح الايداع عندهما وبعد صحة الايداع لو اتلف المودع الوديعة يضمن كفايه

انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال (واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان كان اودع طعاما فاكله لم يضمن) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في اصل المسألة الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فتجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا قام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة

(عبدا)

عبد الآن عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية فى حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبى لانه فى يد الصبى سقطت العصمة بالاضافة الى الصبى الذى وضع فى يده المال دون غيره قال (وان استهلك مالا ضمن) يريد به من غير ايداع لان الصبى يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها فى حقوق العباد والله اعلم

﴿ باب القسامة ﴾

قال (واذا وجد القتيل فى محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولى بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) وقال الشافعى اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى القتل العمد وهو احد قولى الشافعى واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولى فان حلفوا فلا دية عليهم للشافعى فى البداءة بيمين الولى قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولى يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعى اصل له كما فى النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر وفى رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب ان النبى عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولى الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه

قوله لحق العبد لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليست للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يعد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط (قوله لانه سقطت العصمة الخ اى المالك بالايداع عند الصبى انما اسقط عصمة ماله عن الصبى لا عن غيره وماله معصوم فى حق غيرهما كان لان التسليط انما وجد فى حق الصبى لا فى حق غيره فصار مال الوديعة هنا بمنزلة من وجب عليه القصاص فى حق دمه فانه غير معصوم الدم فى حق من له القصاص ومعصوم الدم فى حق غيره كما كان فان قيل لو كان الايداع من الصبى تسليطا له على الاتلاف يضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التفسير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن هنا فعرفنا انه ليس بتسليط على الاتلاف وكذا الاب اذا دفع مال الصبى اليه لا يضمن اذا تلف فى يده ولو كان تضييعا لذلك بالتسليط يضمن قلنا انما لم يضمن الاب فيهما لان يد من فى عيال المودع اذا كان اهلا لحفظ الوديعة كيد المودع الا ترى انه يحفظ مال نفسه بيده فكذلك يحفظ مال غيره بيده فكانت يد الصبى كيد الاب من هذا الوجه ﴾ (قوله بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ٣٣ على طريق الحكاية عن الجمع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز ان يكون باشر القتل بنفسه فيجرى على يمينه بالله ما قتلنا ويتأول بجواز انه قتل مع غيره فيجرى على يمينه بالله ما قتلت كما فى عكسه قلنا لا كذلك لانه اذا حلف بالله ما قتلت وكان مع غيره كان كاذبا فى يمينه فان الجماعة متى قتلوا واحدا يكون كل واحد منهم قاتلا ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم فى العمد والكفارة فى الخطاء ﴾

المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولى اشارة الى ان خيار تعيين المحلفين الى الولى لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار صالحى اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم ابلغ مما يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختار اعمى او محدودا فى قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال (فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولى) وقال الشافعى لا تجب الدية لقوله عليه السلام فى حديث عبد الله بن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما فى سائر الدعاوى ولنا ان النبى عليه السلام جمع بين الدية والقسامة فى حديث ابن سهل وفى حديث زياد ابن ابى مريم وكذا جمع عمر رضى الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم فى المحافظة كما فى القتل الخطأ (ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف) لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول فى الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذى ذكرنا اذا ادعى الولى القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى فى العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقى ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب فى الكتاب وهكذا الجواب فى المبسوط

(قوله فاولى ان لا يستحق الخ) جواب عن احد قولى الشافعى وهو قول مالك انه يجب القصاص بيمينهم وكذلك على قوله الآخر فانه يقول يستحق بيمينه النفس الا ان القصاص يسقط باعتبار الشبهة فيصار الى الدية بدلا عن القصاص ك (قوله يفيد يمين الصالح على العلم لان صالحى اهل المحلة اذا علموا القاتل منهم اظهروه ولم يحلفوا ك (قوله لانه يمين وليس بشهادة) يحترز به عما اذا اختار عبدا لانه شهادة والاعمى والمحدود فى القذف ليسا من اهل الشهادة ك (قوله على اهل المحلة اى على عاقلة اهل المحلة وفى المبسوط انما يقضى بالدية على عاقلة اهل المحلة فى ثلاث سنين لان حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأ واذا كانت الدية هناك على عاقلته فى ثلاث سنين فههنا اولى ك (قوله فى حديث عبد الله الخ قصته ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل ومحيصة وحويصة خرجوا فى التجارة الى خيبر وتفرقوا بحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من قلب خيبر يتشحط فى دمه فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروا فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال عليه السلام الكبر الكبر منكم اراد عمه حويصة ومحيصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك قال عليه السلام من قتله قالوا من يقتله سوى اليهود قال عليه السلام تبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه السلام تحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على ما لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة ع (قوله تبرئكم اليهود اى يخلصكم اليهود عن الدعوى بايمانهم كانهم اذا حلفوا حصل لهم البراءة فكانهم جعلوكم قائلين برئت الذمم اعظمى (قوله وهكذا الجواب فى المبسوط يعنى اوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه ع

فهو على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى بين ابى حنيفة وصاحبيه قال ومن ادعى قصاصا غير يحد استحلف بالاجماع الى اخر ع (قوله كررت الايمان عليهم لان تكرار اليمين مشروع فى ذلك (قوله لما روى ان عمر الخ روى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن ابى مليح ان الخطاب رد عليهم الايمان حتى وفوا وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب استحلف امرأة

خمسين يمينا على مولى لها اصيب ثم جعل عليها دية ت (قوله لما قضى بالقسامة اى لما ترك القضاء فى القسامة واقى اليمين اليه تسعة وار بعون رجلا قوله واف جواب لما من المرافاة بمعنى الوفاء وجعله معطوفا على قضى وجعل وافى من الفئ بمعنى الرجوع يستلزم دخول الفاء فى جواب ل وهو غير صحيح اعظمى (قوله ومن شريح والنخعى الخ قلت حديث شريح رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن اشعث عن ابن سيرين بلغ عن شريح قال جاءت قسامة فلم يوافوا خمسين فرد عليهم القسامة حتى اوفوا انتهى وحديث النخعى رواه عبد الرزاق فى مصنفه اخبرنا الثورى

عن ابى يوسف فى غير رواية الاصول ان فى القياس تسقط القسامة والدية عن اهل المحلة ويقال للولى الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه على قتله يمينا واحدة ووجهه ان القياس يباه الاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان فى مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقى على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل فى اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلفه يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى فى المال ثبت به وان كان فى القصاص فهو على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى قال (وان لم تكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين) لما روى ان عمر رضى الله عنه لما قضى فى القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية عن شريح والنخعى رضى الله عنهما مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها نصا ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولى ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبى ولا مجنون) لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين على اهلها قال (وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس بقتيل اذ القتيل فى العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حى وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع

(ولا امرأة ولا عبد) لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين قول صحيح ل

عن مغيرة عن ابراهيم قال اذا لم يبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يمينا ت (قوله ثم فيه استعظام الخ اى وان سلم لزوم بيان الفائدة فى التكرار فالفائدة فيه استعظام امر الدم اعظمى ع قوله الحتف بالفتح الموت ومات فلان حتف انفه اى مات فى فراشه بدون قتل وضرب وغرق

(قوله او دبره او ذكره لم يذكر الانف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الامام ... صعد من جوفه اى فيه فهو دليل واما ان نزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على الامر ذكره فخر الاسلام فى الزيادات ع (قوله تتكرر القسامتان والديتان قيل كان ينبغى ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة الشارح تستلزم ان تكون

امارة القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل من جهة الحى عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه فى الشهيد (ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شئ عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به فى البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمى بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقى لا تجرى فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة فى هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر (ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شئ على اهل المحلة) لانه لا يفوق الكبير حالا (وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا (وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم) لانه ينفصل ميتا لا حيا قال (واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة) لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها (فان اجتمعوا فعليهم) لان القتيل فى ايديهم فصار كما اذا وجد فى دارهم قال (وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما) لما روى ان النبى عليه السلام اتى بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضى الله عنه انه لما كتب اليه فى القتيل الذى

اكثر من القسامتين ويجوز ان يكون والديتين مراده القسامتان على القطعتين تتكرران فى مضمون نفس ع (قوله والمعنى ما اشرنا اليه وهو ان تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع ك (قوله لان الظاهر ان الخ ان قيل الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا قلنا فى عين الصبى ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل قلنا وان كان الظاهر ههنا لانه نفس من وجه ولا كذلك الاطراف لانها يسلك بها مسلك الاموال ولا يجب القصاص والدية فيها ما لم يعلم سلامتها واما الجنين فنفس من وجه ومضمون من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب فالظاهر انه ينفصل حيا اعتبرنا جهة النفس كالقتيل الموجود فى المحلة وبه اثر الجراحة بحكم انه مقتول ويجب القسامة والدية اعتبارا للظاهر وان كان يحتمل انه مات حتف انفه تعظيما للدم واذا انفصل ناقصا اعتبرنا فيه جهة العضوية لم يوجب الدية التى لها خطر اذ لا يتيقن بانفصاله حيا ولا ظاهر يشهد بذلك ك (قوله على عاقلته اى عاقلة السائق سواء كان السائق مالكا للدابة او غيره ملك ن (قوله لما روى الخ قلت رواه ابو داود الطيالسى واسحق بن راهويه والبزار فى مسانيدهم والبيهقى فى ...
ت (قوله وعن عمر الخ قلت رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه ت

وادعة واحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم نصرته وقد قصروا قال (واذا وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار في يده (والدية على عاقلته) لان نصرته منهم وقوته بهم قال (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة) وهو قول محمد (وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهو على اهل الخطة دون المشترين) وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقي واحد منهم فكذلك) يعني من اهل الخطة لما بينا (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين) لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم (واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص

قوله فالقسامة عليه لان الدار في يده فصار صاحب الدار مع اهل المحلة بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر فكما لا يدخل اهل المصر مع المحلة كذلك لا يدخل اهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة كذا في شرح الاقطع ك (قوله لان الدار في يده وهذا اذا كان العاقلة غيبا توفيقا بينه وبين ما يجي من قوله ... على رب الدار وعلى قومه الخ او هذا جواب الاستحسان حميديه (قوله ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك ك (قوله وقال ابو يوسف وهذا قوله الآخر وكان قوله الاول كقولهما ثم رجع الى هذا القول وهو قول ابن ابي ليلى ن (قوله دون السكان لان السكان ينتقلون في كل وقت من محلة الى محلة دون اصحاب الملك ن (قوله وهو على اهل الخطة اي اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط ليتميز انصباؤهم ك (قوله الخطة هو المكان المختط لبناء دار وغير ذلك من العمارات ن (قوله هو المتعارف فان قلت ما الفرق لهما بين المحلة والدار لو كان مشتريا وصاحب خط ووجد القتيل فيها فهما متساويان في القسامة والدية ولا فرق بينهما بالاجماع وفي حق المحلة فرق بينهما قلت الفارق بينهما العرف فان في العرف ان المشترين قلما يزاحمون اصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في الدار كذلك ن (قوله على ما شاهد بالكوفة في زمانه وهو ان اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك فبنى الجواب على ما شاهد ن (قوله لما بينا اشارة الى قوله صاحب الخطة هو المختص او هو قول لانه اصيل والمشتري دخيل ع

(قوله بمنزلة الشفعة فهو على عدد الرؤس لا على قدر الانصباء عندنا ☆ (قوله وقالا الخ سبب
الاختلاف ان ابا حنيفة اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك وهذا الاختلاف بينهما وبينهم بعدما اجمعوا على
وجوب الضمان عند وجود القتيل بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ بعد ذلك قال ابو يوسف ومحمد ولاية
الحفظ تستفاد بالملك فيعتبر الملك وابو حنيفة يقول حقيقة القدرة تثبت باليد الا ان الملك سبب يد

بمن غيره فلا يشاركه غيره فيه كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهذا ان المقدر لا تزاحمهم نصرة البقعة كما لا تزاحم صاحب الدار غيره في القسامة قال (وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له) لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك بدون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقل العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده) لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال (وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين

فاذا كان الملك لاحدهما واليد لآخر كان اعتبار اليد اولى (قوله ولهذا كانت الدية اي لكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد (قوله كما في صدقة الفطر بان باع العبد بالخيار فصدقة الفطر على من تقرر له الملك (قوله وله ان القدرة الخ ولم يذكر الجواب ان فصل الوديعة المستشهد بها لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال ان القدرة على الحفظ باليد المطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل في اليد اي اصالة ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستاجر فان قيل ما الفرق لابي حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر فيه الملك في الثانية دون الاولى فالجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل ☆ (قوله حتى تشهد الشهود الخ يعني اذا انكرت العاقلة ان يكون الدار له وقالوا هي وديعة في يده وهذا لما عرف ان الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتيج الى الاستحقاق فلا بد من اثباته بالبينة ولا يقال ان ابا حنيفة يعتبر اليد في استحقاق الدية كما ذكرنا آنفا لانه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد ولم تثبت هنا يد الملك الا بالبينة ☆

(فيه)

يب وعلى السكان وكذا على من بعدهم والمالك فى ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ماروى عن ابى يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما فى الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لاتنقل قال (وان وجد فى مسجد محلة فالقسامة على اهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد فى المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلاقسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للعامة لايختص به واحد منهم وكذلك الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد فى السوق ان كان مملوكا فعند ابى يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التى بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد فى السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابى يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلايتناصرون فلايتعلق بهم مايجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة الملك والساكن وهى مختلف فيها بين ابى حنيفة وابى يوسف قال (وان وجد فى برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لايلحقه الغوث من غيره فلايوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على مالكه (وان وجد بين قريتين كان على اقربهما) وقد بيناه (وان وجد فى وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) لانه ليس فى يد احد ولافى ملكه (وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذى تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط فى يد من هو اقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذى يستحق

قوله وهى السكان وذكر شيخ الاسلام قول بعض المشايخ انما يجب على الركاب اذا لم يكن للسفينة مالك بحرى بها فان كان فالقسامة عليه ك (قوله وهذا اى كون الملاك وغيرهم سواء فى القسامة على ما روى عن ابى يوسف ان السكان تدخل فى القسامة مع الملاك ظاهر واما على قول ابى حنيفة ومحمد فلابد من فرق وهو ماذكره فى الكتاب ع (قوله ظاهر لانه يجعل السكان والملاك فى القتيل الموجود فى المحلة سواء فكذا فى القتيل الموجود فى السفينة واما عندهما ففى المحلة السكان لايشاركون الملاك لان التدبير فى المحلة الى الملاك دون السكان وفى السفينة انهم فى تدبيرها سواء اذا عندهم امر كان (قوله فيعتبر فيهما اليد دون الملك فانها مركب كالدابة فكما ان المعتبر فى القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك فكذا فى القتيل الموجود فى السفينة وهم فى اليد عليها سواء ك (قوله او الشارع الاعظم فى المغرب الشارع هو الطريق الذى يشرع فيه الناس عامة على الاسناد المجازى او هو من قولهم شرع الطريق اى تبين ك (قوله فلا قسامة لان المقصود بالقسامة نفى تهمة القتل وذلك لايتحقق فى حق جماعة المسلمين ك (قوله فعلى بيت المال قال فى النهاية وانما اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التى تكون فى المحال وهى محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا فى السوق النائى اذا كان من يسكنها فى الليالى او كان لاحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه اوبطرفه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير ع (قوله وقد بيناه اى فى مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل ع (قوله على التفسير الذى تقدم اراد به قال هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهل الصوت ع

به الشهرة لاختصاص اهله به القيام بحفظه عليه فيكون انقضية واجبة عليهم قال (وان ادعى الولى على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لاينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لايغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولى فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال (واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة) لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم (الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شئ) لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال (ولا على اولئك حتى يقيموا البينة) لان بمجرد الدعوى لايثبت الحق للحديث الذى رويناه اما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتيل فى معسكر اقاموا بفلاة من الارض لاملك لاحد فيها) فان وجد فى خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة (وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية) اعتبارا لليد عند انعدام الملك (وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابى حنيفة) خلافا لابى يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ماقتلت ولاعرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ماذكرنا لانه لما اقر بالقتل على

(واحد)

(قوله وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس الخ هذا هو الموضع الذى وعد بيانه فيه بقوله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى وههنا قال وقد ذكرناه فلعله رحمه الله تعالى توهم انه ذكره وقيل فى بعض النسخ ذكره ثمة فعلى هذا يستقيم قوله وقد ذكرناه ك (قوله سقطت عنهم اى سقط القسامة والدية ويحلف المدعى عليه يمينا واحدا ن (قوله قد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذى ذكرنا اذا ادعى الولى القتل على جميع اهل المحلة ع (قوله لاينافى الخ فان الشارع اوجب القسامة ابتداء على اهل المحلة فتعيينه واحدا منهم لاينافى ما شرعه الشارع ابتداء وفى المبسوط وان ادعى اهل القتيل على بعض اهل المحلة الذين وجد القتيل بين اظهرهم فقالوا قتله فلان عمدا او خطأ لم يبطل بهذا حقه وفيه القسامة والدية لانهم ذكروا ما كان معلوما لنا بطريق الظاهر وهو ان القاتل واحد من اهل المحلة لكنا لانعلم ذلك حقيقة وبدعوى الولى على واحد منهم بعينه لايصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فاذا لم يسقط بهذه الدعوى شيئا لايتغير الحكم به فيجب القسامة والدية على اهل المحلة ك (قوله امتنع دعواه عليهم للتناقض لانه لما ادعى على غير اهل المحلة فقد ابرء اهل المحلة من ذلك حتى لايسمع دعواه بعد ذلك على اهل المحلة للتناقض كذا فى المبسوط ك (قوله فهو على اهل المحلة قال الفقيه ابو جعفر فى كشف الغوامض وهذا اذا كان الفريقان متأولين اقتتلوا عصبية فان كانوا مشركين او خوارج فلا شئ فيه ويجعل ذلك من اصابة العدو ك (قوله فعلى اقرب الاخبية قيل هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم ع

(قوله صار الحاصل) اي غاية ما في الباب انه صار مستثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان فيحلف على انه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان ع (قوله وعلى الاصلين) يعني الاصلين المجمع عليهما احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضية ان يصير خصما وبطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته

واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف على ما ذكرنا (واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما) عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس (ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهله عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف ان استحلفوا يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا قسامة ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة قبيلة (ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه) لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه

بالاجماع وابو حنيفة جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية وبدعوى الولي القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن فلذلك لم يخرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونوا خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم ع (قوله يتخرج اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم او لم يخاصم واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل لانهما ما صارا خصمين بل صارا بعرضية ذلك ولا تقبل شهادتهما بعد الطلب لصيرورتهما خصمين مل

(قوله على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه في بيان الفرق بقوله وان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر ع (قوله ومن جرح) يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ ع

(قوله وله ان القسامة الخ) اعلم انه رحمه الله جمع قبل ذلك المسئلة في الحكم والقسامة ودليل ابي حنيفة
اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم ووجوب الدية هو اختيار بعض المشائخ وان القسامة لم يذكرها
واختلف المشائخ في وجوبها على العاقلة على قول ابي حنيفة فمنهم من قال لاتجب لانه نفس من
يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلمه فلا يلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون ممن علموا
على قتله مقتولا في داره فيكون
ثم من يعلم حاله واختاره
المصنف واكتفى بذكرها
في الكافي عن ذكر الدية
لان وجوبها يستلزم وجوب
الدية ع (قوله كما اذا وجد
قتيل في محلة يعني ان توهم
قتل نفسه فيه موجود ولم
يعتبر ههنا فكذلك ههنا
ع (قوله لانا انزلناها الخ
اى انها نزلت قاتلة
تقليلا وايجاب دخلت
في القسامة فكما دخلت فيها
دخلت في الدية ايضا خلافا
لظاهر الصورة فانه لا تدخل
في القسامة بل تجب على
الرجال فلا تدخل في العقل
ايضا ع (قوله يشارك
العاقلة لانه حيث وجبت
الدية على غير المباشر فعلى
المباشر اولى ان يجب جزء
منها مجمع الانهر (قوله لانه
احق الخ لان الحفظ والتدبير
في الارض الى صاحب
الارض لا الى اهل القرية
ع (قوله كتاب المعاقل
المعاقل جمع معقلة كالمفاخر
جمع مفخرة من عقل يعقل
عقلا وعقولا ولما كان موجب
القتل الخطاء وما في معناه
الدية على العاقلة فلم يكن بد من معرفتها وبيان احكامها في هذا الكتاب مجمع الانهر (قوله تجب
بنفس القتل اى ابتداء وقولنا ابتداء احتراز عما يجب الدية على القاتل في القتل العمد بسبب
الصلح وبسبب الابوة من في مال القاتل لا على العاقلة

فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا
لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة
فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال
ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه

(ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا

قال ابو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لانه يحتمل
انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رح
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان احتمال ساقطا كما اذا وجد قتيل

في محلة (ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد
عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل

اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا) لان
القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها
فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة
قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا

انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في ارض

رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على
صاحب الارض) لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء

من ان تسفك اى تمسك قال (والدية في شبه العمد والخطا وكل دية

تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) يعني يؤدون
العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله
عليه السلام في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان النفس
محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا

او لانه ملاومه اى ايجاب العقوبة عليه وفى ايجاب الكل عليهم اجحاف واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا به قال (والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم فى الديوان وهذا عندنا وقال الشافعى رح الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضى الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه فى اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى عليه السلام ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة واحدة (فان خرجت العطايا فى اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها) لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة معناه فى المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منها فى سنة وان كان

(قوله لانه انما قصر الخ لان مثل هذا الفعل لا يكون الا بقلة مبالاة وتقصير فى التحرز وذا انما يكون بحسب قوة يجدها المرء فى نفسه بكثرة اعوانه وانصاره وانما نصرة عاقلته فخصوا به ك (قوله لقوة فيه اى بسبب العارب فى ترك التثبت والتوقف باعتبار انه ينتصر بالعاقلة فلاجل ذلك ترك الادب فى النظر بين الرمى فيجب على العاقلة ع غاية (قوله اهل الديوان الخ الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس ﴿ ٥٢٥ ﴾ مجموعة ويروى ان عمر رضى الله عنه اول من دون الدواوين اى رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اى من اثبت اسمه فى الجريدة ع (قوله من عطاياهم العطا اسم ما يعطى والجمع اعطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء (قوله لانه كان ذلك الخ حدثنا وكيع حدثنا ابن ابى ليلى عن الشعبى قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم عقل قريش على قريش وعقل الانصار على الانصار انتهى ت (قوله فانه لما دون الخ حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن اشعث عن الشعبى وعن الحكم عن ابراهيم قالا اول من فرض العطاء عمر بن الخطاب وفرض فيه الدية كاملة فى ثلاث سنين وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن عمر انه جعل الدية فى الاعطية فى ثلاث سنين وفى لفظ انه قضى بالدية فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلث على اهل الديوان فى عطياتهم ت (قوله ولان الاخذ الخ توضيحه ان الدية فرضت فى عطية فى كل عطية يخرج له ثلث الدية فيكون جميع الدية مفروضة فى ثلث عطيات فعلى ذلك سنين فتأجلت الدية بثلاث سنين ضرورة ك (قوله فى اكثر مثل ان يخرج عطاياهم بعد فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية ع

الواجب بالقتل ثلث دية النفس اواقل كان فى سنة واحدة وما زاد على الثلث اى تمام الثلثين فى السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية فى السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين وقال الشافعى ما وجب على النفس فى ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما فى ولد المغرور قال (ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى التعاقل قال (وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدورى فى مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الا درهما او درهما وثلث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل) معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعنى اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعى يجب على كل واحد نصف

(دينار)

(قوله وثلث الخ اى الواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب فى ثلاث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا او انقلب القصاص بالشبهة مالا ويلحق (قوله ان القياس يأباه اى القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس بمعنى لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهى لا تستعمل والشرع ورد به اى بايجاب المال مؤجلا فى الخطاء فلا يتعداه فان قيل هذا ليس فى معنى الخطاء فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها ح (قوله لان الواجب الاصلى المثل لان الضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس الا انه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته اى من وقت القضاء كما فى ولد المغرور فان قيمته انما تجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن فى الحكم جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ع (قوله وهذا اى قول القدورى لا يزاد الواحد على اربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يزاد على اربعة من جميع الدية فاذا اخذ من كل واحد منهم فى كل سنة ثلثة او اربعة دراهم من ثلث الدية كان من جميع الدية تسعة او اثنى عشر وليس كذلك فان محمدا نص على انه الخ ع

دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هى احط رتبة منها الاترى انه لا تؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف

(ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية فى ارزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث) لان الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج فى كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج فى كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج فى كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى فى كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق فى كل شهر واعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال

(وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كاحدهم) لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعى لا يجب على القاتل شئ من الدية اعتبارا للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ منه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل) لقول عمر رض لا يعقل مع العاقلة صبى ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شئ عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء

(قوله فيسوى بين الكل بعض الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة (قوله ولكنا نقول الخ اى لنا ان الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وذا فى القليل دون الكثير وهذه صلة واجبة امروا باداءها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكوة بل ينقص عن ذلك الاترى انها لا تجب فى اصول اموالهم وانما تجب فيما هو صلة وهو العطاء تحقيقا للتخفيف ك (قوله اصحاب الرزق الخ قيل الفرق بين العطية والرزق ان العطية ما يفرض للمقاتل والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة ع (قوله وادخل القاتل الخ اى اذا كان من اهل العطاء فى الديوان واما اذا لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليهم شئ من الدية عندنا ايضا ك (قوله اعتبارا للجزء بالكل لان الكل لا يجب عليه فكذا البعض اذ الجزء لا يخالف البعض زيلعى (قوله لا شئ عليهما هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتاخرين ان المرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة الا ان ذلك ليس باصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتاخرين وما ذكره هنا هو اختيار الطحاوى وهو الاصح وهو اصل رواية محمد ك (قوله والفرض لهما الخ جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذرياتهم من العطاء والعطاء انما يجعل لنصرة اهل الاسلام كما فى حق الغزاة ثم الغزاة عواقل غيرهم فكذا النساء عناية (العطاء ما فرض لانسان فى بيت المال كل سنة لا بقدر الحاجة بل بصبره وعنائه والرزق ما يفرض فى بيت المال بقدر الحاجة والكفاية مشاهرة او مياومة كذا فى المغرب وغيره وفى نتائج الافكار ناقلا من المغرب ان العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر

للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبى عليه السلام ورضى الله عنهن (ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر) يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر (ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم) لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب فى النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة) لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل (ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له فى الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفى الكتاب اشارة اليه وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوى نازلا فى المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر) لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم (وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم) لانهم التزموا احكام الاسلام فى المعاملات لا سيما فى المعانى العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود فى حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما فى حق المسلم لما بينا ان الوجوب

(قوله للمعونة الخ اى العطاء انما يجعل للنساء والصبيان فى الديوان باعتبار المعونة لا باعتبار النصرة اى باعتبار معونة الامام للصبى والمرأة ك (قوله ولا يخصون به الخ اى لا يخصون بالنصرة اهل العطاء فقط بل ينصرون اهل المصر كلهم وقيل اذا لم يكن قريبا لهم لا يعقلونه وانما يعقلونه اذا كان قريبا لهم زيلعى (قوله وصار نظير الخ اى صار كصغيرة لها وليان احدهما اقرب وهو غائب غيبة منقطعة فان ولاية الانكاح الى الابعد الحاضر لانه اقدر على اقامة مصالحها وههنا اهل المصر اقرب مكانا فكانوا اقدر على النصرة من اهل البادية وان كانوا اقرب نسبا ع (قوله لا سيما فى المعانى العاصمة عن الاضرار كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية ن (قوله فالدية فى ماله اى لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمى والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال ان لم يوجد عاقلة ع (قوله كما فى حق المسلم اى تجب الدية فى مال المسلم اذا لم يكن له عاقلة وهذه رواية عن ابى حنيفة وفى ظاهر الرواية يجب فى بيت المال وفى المبسوط فرق بين المسلم والذمى فان الجانى اذا كان مسلما ولا عاقلة له فعقله فى بيت المال فى ظاهر الرواية ولا يجب فى مال الجانى والفرق ان العقل انما يجب على غير الجانى باعتبار النصرة ومتى لم يكن للمسلم ديوان ولا قرابة بان كان لقيطا فجماعة المسلمين اهل نصرته فامكننا ايجاب عقله فى بيت مال المسلمين باعتبار النصرة بخلاف الذمى فان جماعة المسلمين ليس من اهل نصرة الذمى لانه بينه وبينهم مقطعة فتعذر ايجاب العقل فى بيت المال باعتبار النصرة فوجب فى ماله ك

(على)

على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد يثبت عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يتعاقلون بعضهم من بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضى بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث

(قوله لان الكفر ملة واحدة) اي في انه اعراض من الحق واتباع الرسول وهذا اذا كان من ديانتهم ان العاقلة يتحملون عن القاتل اما اذا لم يدينوا بذلك يكون في مال القاتل ك (قوله لانقطاع التناصر) لان التعاقل يبتني على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة ع (قوله وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة) اي في هذه الحالة ك (قوله وكذا الوجوب على القاتل) الكرة الاولى انما هي من حيث النظر الى الواجب والثانية باعتبار النظر الى محل الوجوب والحاصل ان النظر الى الوجوب او الى محل الوجوب يقتضي ان يكون المتحمل عنهم هم العاقلة الثانية ك (قوله بخلاف ما اذا قلت) الخ يتعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء اي لا يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بجنايته على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل فاجاب عنه بقوله ان في ضم اقرب القبائل اليهم تقريرا للحكم الاول لا ابطاله ن

تصير الدية فى عطياتهم وان كان قضى بها اول مرة فى اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها فى اموالهم وعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر

(وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعى والحجة عليه ما ذكرنا في كتاب الولاء قال (ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف فى القليل وانما هو فى الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون فى مال الجانى) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعى او التسوية فى ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما رويناه وبما روى انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر فى الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان فى مال الجانى اخذا بالقياس قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجانى) لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الا ان يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم

(قوله لكن يقضى ذلك اى الابل من مال العطاء بان يشترى الابل من مال العطاء لا (قوله ومولى الموالاة الخ ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته ومولى الموالاة هو الحليف فيعقل عنه مولاه عاقله وعقلته وهو المراد بقوله وقبيلته اى وقبيلة مولاه الذى عاقده لان العرب يتناصرون به فاشبه ولاء العتاقة زيلعى (قوله ولا تعقل العاقلة الخ فيه اشكال وهو ان من قتل عبدا غير عمد وقيمته اقل من ارش الموضحة فان العاقلة تتحمل الان الجواب عنه ان المراد منه فيما دون النفس فاما فى النفس فالنص ورد بوجوب الدية على العاقلة وهذا دية لان القيمة فى العبد قائمة مقام الدية فى الحر ك (قوله ولا عبدا اختلفوا فى تاويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته فى رقبته اى يدفعه الى المجنى عليه او يفديه ثم قال هذا قول ابى حنيفة وقال ابن ابى ليلى انما معناه ان يكون العبد مجنيا عليه يقتله حر فليس على عاقلة الجانى شيء انما ثمنه فى ماله خاصة وصوبه الاصمعى وقال لو كان المعنى على ما قال ابو حنيفة لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا وقيل ان ما قال ابو حنيفة مناسب لسياق الحديث وهو قوله عمدا ولا صلحا ولا اعترافا فان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف تدبر مل (قوله لا يلزمان العاقلة الخ الا ان فى الاقرار يجب الدية فى ثلاث سنين وفى الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل فى الصلح فيكون مؤجلا عنايه

(ولايه)

قوله اولى يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفى القتل معاينة الدية تجب بقضاء القاضى فهذا اولى ع (قوله ولم يكن عليه شئ) فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد تحول بوجوبه الى العاقلة بقضاء القاضى فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحيل اجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دينا كالدين التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت

صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضى لا يتحول منه بحال سواء استوفى من العاقلة او لم يستوف عنايه (قوله حجة فى حقهما) لان احد المتصادقين ولى القتيل ومن زعمه ان الدية انما وجبت لا على المقر والاقرار حجة على نفسه ع (قوله بخلاف الاول اراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار فى مال المقر وانما وجبت الدية هناك فى مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب فى مال المقر ضرورة وفى المبسوط فى قوله ولم يكن عليه شئ اى على المقر شئ فى ماله لانهما تصادقا ان الواجب بقضاء القاضى تقرر على العاقلة وبعد ما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه وتصادقهما حجة فى حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة وهو قضاء القاضى لم يوجد اصلا فيقضى بها

ولانه على انفسهم (ومن اقر بقتل خطاء ولم يرفعوا الى القاضى الا بعد سنين قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التاجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة ففى الثابت بالاقرار اولى (ولو تصادق القاتل وولى الجناية على ان قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شئ على العاقلة) لان تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شئ فى ماله) لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة فى حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه فى حق حصته مقر على نفسه وفى حق العاقلة مقر عليهم فل (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفى احد قولى الشافعى تجب فى ماله لانه بدل المال عنده ولهذا اوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفى احد قوليه تتحمله العاقلة كما فى الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية فى بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابى حنيفة رواية شاذة ان الدية فى ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه) لان نسبه ثابت منها دون الاب (فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام على عاقلة الاب) لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان

فى مال المقر ع (قوله الا ان يكون الخ ٣٤ ويهذا تبين ان القاتل انما يكون احد العواقل عندنا اذا كان له عطاء فى الديوان ك (قوله فى بيت المال هذا اذا كان القتل مسلما اما اذا كان ذميا ولا عاقلة له فالدية فى ماله لا فى بيت المال ك (قوله ان الدية فى ماله) فى فتاوى قاضى خان روى محمد عن ابى يوسف ان من لا عاقلة له اذا قتل رجلا خطاء فان دية القتيل تكون فى مال الجانى كفايه

(قوله ومتى ظهر من الاصل اى متى ظهر ان السبب كان ثابتا من الاصل زيلعى (قوله لانهم مضطرون فى ذلك حيث تحملوا بالزام القاضى وهذا نفى لجهة التبرع كفايه (قوله فيرجعون اى ان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند اى مات حيرته حين انه كان للولد الولاء من جانب الاب حين جنى وان وجب جنايته على موالى ابيه فلذلك يرجعون على مولى الاب ع (قوله

بالاداء اب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون فى ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه اى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فيتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله ضمنت عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبتت بالبينة وفى مال الآمر ان كان ثبت باقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة واصل الذى تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها اولم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها اولم يقع ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى به على الاولى فانه يقضى بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما يرد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

﴿ كتاب الوصايا ﴾

باب فى صفة الوصاية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال (الوصية غير واجبة وهى مستحبة) والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال

فانتقل الخ صورته اذا تزوج عبد بمعتقة قوم فولدت منه اولادا يكون ولاء الاولاد لموالى الام فاذا جنى الولد فالجناية على عاقلة الام فاذا تحملوا عنه ثم عتق الاب جر ولاء الولد الى نفسه بسبب حادث وهو العتق فلا ينتقل جنايته ك (قوله حولت الجناية الخ يعنى اذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ فعقلت عنه عاقلة الام ثم ادعاه الاب يثبت منه نسبه ورجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام على عاقلة الاب ك (قوله ولكن العاقلة الخ نظيره ما اذا كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه الى البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة وعلى قول زفر يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابى يوسف ايضا ك (قوله كتاب الوصايا لا يخفى ظهور مناسبة ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب لان آخر احوال الآدمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات اذ الجناية قد تفضى الى الموت الذى وقته وقت الوصية مجمع الانهر (مالكيه)

قوله ومانى البوات اراد بالبيات الهلاك والموت والبهات اسم بمعنى التبييت وهو ان ياتى العدو ليلا
(قوله ومثله فى الاجارة بيناه يعنى كما ان الوصية لا تجوز فى القياس وتجوز
الاستحسان وكذلك الاجارة لاتجوز فى القياس لانها تمليك منفعة معدومة ولكنها جوزت استحسانا دفعا
لحاجة الناس عن (قوله وهو قول النبى الخ اخرج ابن ماجه فى سننه عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان الله تصدق

ركته ولو اضيف اى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر فى عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافى بعض مافرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالى ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالى وفى شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله فى الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبى عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم باثلث اموالكم فى آخر اعماركم زيادة لكم فى اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبى فى الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ماهو الافضل فيه انشاء الله تعالى قال (ولاتجوز بمازاد على الثلث) لقول النبى عليه السلام فى حديث سعد بن ابي وقاص رضى الله عنه الثلث والثلث كثير بعد مانفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على مابيناه واظهره فى حق الورثة لان الظاهر انه لايتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على مانبينه وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه (ولا معتبر باجازتهم فى حال حيوته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف مابعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر فى حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت

عليكم عند وفاتكم بثلث اموالكم فى اعمالكم ت (قوله لماروينا اشارة الى قوله عليه الصلوة والسلام بثلث اموالكم من غير تقييد باجازة ع (قوله وسنبين ماهو الافضل فيه اى فى الوصية او فى قدر الوصية واشار بذلك الى مابعد ورقة بقوله ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث من (قوله لقول النبى صلى الله عليه وسلم الخ روى محمد بن الحسن فى كتاب الآثار قال اخبرنا ابوحنيفة قال حدثنا عطاء بن السائب عن ابيه عن عن سعد بن ابي وقاص قال دخل النبى صلى الله عليه وسلم يعودنى قال فقلت يارسول الله اوصى بمالى كله قال لا فقلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لانتدع اهلك يتكففون الناس وفى رواية صحيح البخارى انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس؛ العالة جمع عائل وهو الفقير تكفف السائل واستكف اذا بسط كفيه للسؤال او سال الناس كفا من طعام او مايكف الجوعة كذا فى الفائق من (قوله تحرزا الخ اى تحرزا عما يتفق من ايثار الموصى بعض الورثة على البعض فى الوصية لانه ح يتادى البعض الآخر فيفضى ذلك الى قطع الرحم وهو حرام بالنص من (قوله مانبينه يعنى عند قوله بعد هذا ولايجوز لوارثه ع

مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك إن كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ما ذكرناه (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن قال (ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما قلناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانه يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونه لأحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لأنها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث وإقرار المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار قال (إلا أن تجيزها الورثة) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم ولو أجاز بعض ورده بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالأول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في

(قوله من كل وجه) إنما قيد به لأنه من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من المرض حتى يمنع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق أحد من بالإجازة أيضا ووجه ذلك أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر ع (قوله والرضا) إلخ جواب عما يقال إن الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه فصار كسائر الإسقاطات وفيها لا رجوع فكذلك فيه ووجهه أنه قد عرف أن ثمة حقا وحقيقة وإنما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لأن الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب ع (قوله وكل ما جاز إلخ) ذكره تفريعا قال في مختصر الأسرار إذا أوصى بجميع ماله فأجازه الورثة كان تمليكا من الميت وكذلك الوصية للوارث وأصل قول الشافعي أنه يكون هبة من الورثة إن قبضت صحت وإلا بطلت وفائدة تملك المجاز له وهو الموصى له من قبل الموصي صحة الإجازة في المشاع وكونه ملكا له قبل التسليم وكون الوارث مجبورا بالتسليم بعد الإجازة ولو كان هبة مبتدأة من الوارث انعكست الأحكام فعلى ما قال الشافعي لا يجبر على التسليم ولا ملك قبل التسليم هـ ن (قوله وعند الشافعي) وجه قول الشافعي أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث فيثبت الملك للوارث غير أمواله ولا يرتد برده فإجازته يكون إخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض ولنا أن الموصي صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي ع (قوله والإجازة رفع المانع) جواب عن جعل الإجازة إخراجا عن الملك بمعنى أن الإجازة ليست سبب الخروج عن الملك وإنما هو رفع المانع ع

المعاملات وبهذا اجاز التبرع من الجانبين فى حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الاية قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له فى حال حيوته اوردها فذلك باطل) لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبى والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وقيل فى هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافا لزفر وهو احد قولى الشافعى هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال (الا فى مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به فى ملك ورثته) استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية

(قوله وفى الجامع الصغير الخ قالوا فى شروح الجامع الصغير وفى الصغير الكبير ما يدل على الجواز فوجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغى ان يفعل وان فعل جاز لانه اهل للتملك اما وصية الحربى لمسلم او ذمى فيجوز لان ملكه [illegible] (قوله وقبول الخ القبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط لثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تمليك الغير تملك بالارث وشبه بالهبة من حيث يملك العين فاعتبرنا شبه الهبة فى حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر فى الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا فى الاستحسان ع (قوله ويستحب الخ روى عن ابى بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما انهما قالا لان يوصى بالخمس احب الينا من ان يوصى بالربع ولان يوصى بالربع احب الينا من ان يوصى بالثلث ك (قوله على ذى الرحم الكاشح هو العدو والذى اعرض كشحه والكشح ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح العدو الذى اضمر العداوة فى كشحه وانما جعل هذا التصرف افضل لان التصدق على المحب الصديق مما يميل اليه النفس لمحبته وصداقته وفى القريب الكاشح المنظور اليه هو معنى القرابة لا غير [illegible] نفسه لان نفسه لا تدعوه الى التصدق عليه فكان ترجيح معنى القرابة فى الاحسان اولى من ترجيح جانب المحبة خصوصا ما اذا كان ذلك متضمنا مخالفة النفس وقهرها فكان هو اولى لا محالة ك (قوله فالوصية اولى لانه يحصل له تدارك ما قصر فى حياته والتدارك انما يقع بالصدقة ومعنى الصدقة الرجح عند الاجانب افضل من

(قوله لان الدين مقدم على الوصية بالاجماع وان كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر في قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فان قلت لم قدمت الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشرع قلت لما كان الوصية شبيهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض كان اخراجها مما يشق على الورثة ويتعاظمهم ولا تطيب انفسهم فكان اداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين فان نفوسهم مطمئنة الى ادائه فلذلك قدمت على الدين بعثا على وجوبها والمسارعة على اخراجها مع الدين [illegible] حكمة او للتسوية بينهما في الوجوب ع ن (قوله على الحد المشروع اى في الثلث او في اكثر منه على تقدير اجازة الورثة او عدمهم لعدم المانع وهو الدين عن (قوله وصية يفاع او يافع هذا تشكيك الراوى وهو عمرو بن سليم شك ان شيخه ذكر يفاع او يافع حديثه (قوله ولو لم تنفذ الخ يعنى اذا نفذت الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم تنفذ يبقى ماله على غيره فكانت الوصية اولى ع (قوله ليس من اهله ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحياة بالاجماع بالهبة او الصدقة فكذا لا يملك بطريق الوصية ايضا عن (قوله كان قريب العهد الخ يعنى كان هو بالغا لكن لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله سمى غلاما مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه ن (قوله وهو يحرز في الثواب الخ جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ع (قوله النظر الى الخ يعنى ان الوصية في وضعها ضرر لزوال الملك عن الموصى وما كان في وضعه ضررا ليس بمشروع في حق الصبى الا ترى ان الطلاق والعتاق لا يصحان من الصبى لانه ضرر لزوال [illegible] وان كانا قد ينفعان بحسب اتفاق الحال من

من جانب الموصى فقدمت بمؤنته ما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشترى اذا مات قبل الاجازة قال (ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم (الا ان يبرئه الغرماء) لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها (ولا تصح وصية الصبى) وقال الشافعى تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضى الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذى راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبى ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالى لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابى حنيفة رحمه الله لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيهما معروف في موضعه قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل) اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله

(حليمه)

(قوله ادعى اخته) فان قيل لو كانا اختين لما جاز ردها كالميراث بعد وروده اجاب بقوله الا انه الخ ع (قوله بخلاف الهبة) متصل بقوله يجوز الوصية للحمل يعنى ان الهبة لا تصح لانه تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا فيحصل الملك فيه لنقص ع (قوله فلانه بعرض الخ) ولقائل ان يقول ان فى كلام المصنف تناقضا ظاهرا لانه لا يعلم وجود شئ

فيعتق بعض ماله والجنين صالح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية اذ هى اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثانى فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح فى غير الموجود كالثمرة فلان تصح فى الموجود اولى قال (ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر فى البيوع (قال ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه فى كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما فى البيع (قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان فى ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل فى كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبنى فيها الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل فى ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف فى التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا فى ملكه فاذا ازاله كان رجوعا

الا بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه فى بطن الام فاندفع التناقض ع (قوله كالثمرة) رجل اوصى له بثمرة بستان وهو يخرج من ثلثه ثم مات فان ابا حنيفة قال فى ذلك ان كان ثمرة فليس له الا تلك الثمرة وان لم يكن فله ثمرته ابدا من الثلث مختصر (قوله ومن الخ) يعنى قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يلبس بها فان قيل كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظى لا يرد على ما لا يتناوله فالجواب ان صحته باعتبار تفريق الملك للموصى له كما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان الف درهم الا فرسا فان الوصية فى الالف صحيحة والاستثناء ايضا فى تفريق ملكه فى الفرس باعتبار خروجه من المستثنى منه فان قيل لا نسلم ان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يتناوله لما استحقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من امواله اجاب بقوله ولكنه يستحق الخ يعنى انه لم يتناوله بعموم بل يستحق اذا اطلق الموصى عن قيد الافراد فاذا افرد الام لم يستحق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة ع

وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لايكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال (وان جحد الوصية لم تكن رجوعا) كذا ذكره محمد وقال ابو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لايكون جحود النكاح فرقة (ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لايكون رجوعا) لان الوصف يستدعي بقاء الاصل (بخلاف ما اذا قال فهي باطلة) لانه الذاهب المتلاشي (ولو قال اخرتها لايكون رجوعا) لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما اذا قال تركت) لانه اسقاط (ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا) لان اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر) لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها) لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة) لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال (ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لايزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في

(قوله رجوع وكان ينبغي ان لايبطل الوصيه لانه نقصان كما اذا قطع ثوبه ولم يخط او علم به دار ولكن نقول يبطل الوصيه لان الذبح دليل على استبقائه على ملكه فكان دليل الرجوع لانه تصرف لايبقيه عادة الى وقت الموت لان اللحم قلما يبقى عادة الى وقت الموت فصار من هذا الوجه دلالة الرجوع عن (قوله كذا ذكره محمد اي في المبسوط انه رجوع قيل ماذكره في الجامع الكبير محمول على ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لايكون رجوعا على الروايات كلها وماذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ما ذكر في الجامع قول محمد وماذكر في المبسوط قول ابي يوسف وهو الاصح ك (قوله ان الجحود الخ اى لان جحود الوصية نفي لها فيما مضى على معنى ان الوصية لم تكن واجبة وانتفاء الوصية في الحال لزم من ضرورة نفيها في الماضي ضمنا وما يثبت في ضمن شئ انما يصح اذا يثبت المتضمن لانه كذب فلا يثبت ما في ضمنه ايضا وهو الانتفاء في الحال لانه بناء على ذلك فكانت الوصية ثابتة في الحال فلغا الجحود عن (قوله واذا كان ثابتا الخ اى اذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الغرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا (قوله او لان الخ اى ان الرجوع عن الوصيه عبارة عن اثباتها في الماضي وابطالها في الحال والجحود عبارة نفيها في الماضي والحال جميعا فلما كان الرجوع اثباتا في الماضي والجحود نفيا في الماضي لايكون الجحود رجوعا للمنافاة بين الاثبات والنفي ع

سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً) لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً والأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) لهما في الخلافية أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلاً والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة قال (وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رحمه الله يجوز في الأول أيضاً نظراً إلى الحال والكل

قوله بسبب صحيح الفرق بين السبب الصحيح وغير الصحيح على قول أبي حنيفة أن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه ليس بصحيح ألا ترى أن الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى آخر إما إقرار أو بينة أو حكم حاكم ص قوله ولا يضرب الخ يقال ضرب له في ماله سهماً أي جعل فعلى هذا يكون ما في المختصر على حذف مفعول أي لا يجعل له شيئاً ولا يعطيه كذا في المغرب وذكر فيه أيضاً ضرب في الجزور بسهم إذا اشترك فيها وأخذ منها نصيباً وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث عن (قوله إلا في المحاباة صورة المحاباة أن يكون له عبدان قيمة أحدهما مائة وألف وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يبيع أحدهما بفلان بمائة والآخر بفلان آخر بمائة فحصل المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة وذلك كله وصية لأنه في حال المرض فإن لم يكن له مال غير هذين العبدين ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثاً يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فماله محاباة الألف يأخذ ثلثي الثلث وماله محاباة خمسمائة يأخذ ثلث الثلث فإن الألف ثلثان من ألف وخمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث مل (قوله والسعاية صورة السعاية أن يوصي بعتق عبديه قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما إن أجازت الورثة يعتقان جميعاً وإن لم يجيزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما فثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي وثلث الألف للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي ع

ماله فيه وجوابه ماقلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة) لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال (ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم) لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد) لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليهما وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم

(قوله وهذا عند ابي حنيفة وهذه الرواية تفيد انه لا ينقص عن السدس ولا يزاد عليه وفي المبسوط اذا اوصى لرجل بسهم من ماله فله مثل اخس سهام ورثته الا ان يكون اخس سهام الورثة اكثر من السدس فلا يزاد عليه في قول ابي حنيفة وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فيعطى له السدس فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان من السدس ورواية الهداية تخالفهما حيث لم يجوز الزيادة ولا النقصان وقيل من هذا الحق بهذا الموضع الامام جلال الدين ابن المصنف (قوله وفي رواية الا ان يزيد على السدس فيكون له السدس ك (قوله له مثل الخ اي له اقل الانصباء لكن ذلك الاقل لو زاد على السدس لزاد عندهما ولكن لا يزاد على الثلث صورة هذه المسئلة اذا اوصت المراة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا يعطى له السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطى له الربع ك (قوله لان السهم الخ اي الوصية اخت الميراث ثم الميراث مخصوص بسهام المواريث فكذا الوصية تنصرف الى السهم المعروف في الميراث لكن الاقل يتيقن مرادا لكونه يقينا الا ان يزيد اقل الانصباء على الثلث مثل رجل هلك وترك اختا وعما ومثل امرأة تركت زوجا واختا واوصى احدهما لرجل بسهم من ماله فيكون موصيا بالنصف فلا يسلم الفضل على الثلث الا بالاجازة عن (قوله هو المروى الخ روى محمد في الاصل عن عبد الله بن مسعود انه سئل عن رجل اوصى بسهم من ماله فقال له السدس ع (قوله وقد رفعه الخ قلت اخرجه البزار في مسنده عن ابي مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم السدس انتهى ت

(قوله بخلاف الاجناس الخ جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها يمكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لما يعرض من القسمة الانتفاع فلابد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان الجمع مبنى الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليهما اثلاثا ع (قوله وقيل هذا اى هذا الجواب فى الرقيق والدور المختلفة اذا بقى واحد لا يكون له الا الثلث الباقي هو قول ابي حنيفة وحده وعندهما جميع الباقي وقيل هو قولهم جميعا عن (قوله على قول ابي حنيفة اما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لانه يجوز للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم فى عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام ع (قوله وبدون ذلك اى بدون اجتهاد القاضي يتعذر جمع نصيب احدهما فى العبد الواحد والدار الواحدة فكان المال على الشركة ما بقى وما هلك هل (قوله يتعذر الجمع يعني الجمع انما يتحقق بعد (بقسمة) له هي عن اجتهاد عندهما فلا يتحقق الجمع بدونه بل يتعذر والقضاء فيما نحن فيه فلم يتحقق الجمع اجماعا ولكن الاول اشبه للفقه المذكور وهو ماسبق انه متى امكن الجمع جبرا امكن جمعه تقديما ع (قوله وانما يعتدل النظر الخ اى النظر فى حق الموصى له والورثة بايفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فى حق الآخر وهو ان لا يتخصص الموصى له بالعين اذا لم يخرج الثلث

كما يجبرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال (ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب) قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال (ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه امكن ايفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فيصار اليه (وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكل ما خرج شئ من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفى الالف) لان الموصى له شريك الوارث وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان العين ليس بمال فى مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحى الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحى وان قال ثلث مالى بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى انه لو قال ثلث مالى لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند

(قوله لان الوصية الخ اى لان الوصية مقتضاة الى ما بعد الموت لانه تمليك بعد الموت ولهذا يعتبر
القبول والرد بعد الموت وكان وجود المال عند الموت شرطا لا قبله والمضاف الى الشرط كالموجود عنده
فصار كانه قال عند الموت ثلث مالى لفلان بعض ذات مايملكه فى ملك الحال ولا يعتبر ماقبله عن
(قوله لما بينا اشارة الى قوله لان الوصية استخلاف مضاف الى ما بعد الموت عن (قوله فالصحيح اراح
احتراز عن قول بعض المشايخ

الموت) لان الوصية عقد استخلاف مضاف اى ما بعد الموت ويثبت ملكه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته اولم يكن له غنم فى الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالى وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد فى مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمى ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

قال (ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم) قال رضى الله عنه وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وعن محمد انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما فى الزكوة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه فى الميراث اثنان نجد ذلك فى القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين

ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة العين كما لو اوصى بهذه الشاة ولم تكن فى ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافة الى ثلث المال ع (قوله لانها الخ يعنى لو اوصى بثلث ماله لرجل فهلك ذلك المال واكتسب مالا آخر كان ثلث ما اكتسبه للموصى له والمال اسم الجنس والغنم اسم النوع ففيما ذكر باسم الجنس يعتبر الموجود وقت الموت فكذا فيما ذكر باسم النوع لان الوصية وجوبها وقت الموت عن (قوله حيث جعلها جزءا من الغنم وانه يصلح جزءا من الغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم ولا وجود له عند الموت ايضا فلا يصح عن (قوله كثير من المسائل منها ما ذكر فى المبسوط لو قال بقفيز (معصه)
حنطة من مالى او بثوب من مالى فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك فى ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتى او من ثيابى فانى اذا لم يوجد ذلك فى ماله او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له ك (قوله
بعد ذلك فى القرآن يريد به بقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد به الاثنان فصاعدا
وقد عرف فى موضعه عنايه

(قوله وانه الخ بناء على ما قلنا في المسئلة المتقدمة وهو ان الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فيكون للمساكين ثلثا المال عند محمد وثلث الثلث لفلان وعندهما اللام للجنس بعدم العهد وادنى الواحد فيكون نصف الثلث للمساكين (قوله لان الشركة الخ اى ان الشركة تقتضي المساواة لقوله تعالى فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فيستوى في الثلث الذكور والاناث جميعا فكذا ههنا لما اضاف الشركة اليهما وجب ان يساوى كل واحد منهما وذلك لا يكون الا بان يجعل له ثلث ما في يد كل واحد منهما

سدسه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عنده وعندهما لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال (ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة) لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال (ومن قال لفلان على دين فصدقوه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم) ويقال للورثة صدقوه فيما

ليصير له مثل ما بقي لكل واحد منهما (قوله ثم كان الاشراك اى ثم قال لآخر اشركتك معهما فان له نصف كل منهما لان تحقيق المساواة بينهم ليس بممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان ع (قوله انا نعلم الخ يعني انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصد الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج اى المقر الى مثل هذا الكلام بعلمه باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها اى هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال الخ ع (قوله لان ميراثهم الخ يعني ان حق اصحاب الوصايا معلوم وهو الثلث وحق الورثة ايضا معلوم وهو الثلثان فاما حق هذا الرجل فليس له دين معلوم ولا وصية معلومة لكنه دين من حيث الاستحقاق وصية في حق التنفيذ فاذا افرزنا الثلث والثلثين قلنا ان التركة دينا شائعا في النصيبين نصيب الموصى له وفي نصيب الورثة فيؤمر كل فريق بالبيان ثم يؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروه لان ما يدعيه الرجل وصية في حقهم وما فضل من الثلث يكون لهم ويؤخذ الورثة بثلثي ما اقروا وما فضل من الثلثين يكون للورثة لان الدين المقر به صار مقضيا فلم يبق للمقر له حق في الوصية والميراث عن

شيئًا لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين (فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا) تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال (ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايهم هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال (الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان

(صاحب)

(قوله لان هذا الخ حاصله انه يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يختص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين ع (قوله دينا شائعا الخ وهذا لانه دين في حق المستحق فكان شريكا في الدين باعتباره ووصية في حق التنفيذ لانا صححناه بجعل ذلك منه وصية وباعتبار الوصية يعتبر في ثلث التركة فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا لان الثلث التركة في ايديهم والورثة بثلثي ما اقروا لكون الثلثين في ايديهم تنفيذا لاقرار كل فريق في حقه فان اقر المريض مع ذلك بدين مسمى فالمسمى اولى لانه اثبت الاقرار ك (قوله فيؤخذ الخ حتى اذا قال الموصى له ان الدين مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما في يد الموصى له فان فضل شيء يكون له والا فلا وان قال الورثة الدين للثمانة يعطى المقر له بدين مجهول ثلثا ذلك وهو مائتان مما في يدي الورثة فان فضل شيء يكون لهم والا فلا ع (قوله وهذا بخلاف ما اذا اقر الخ اي الايصاء لوارثه او للاجنبي يخالف الاقرار لهما هذا اذا تصادقا اما اذا انكر الاجنبي شركة الوارث او الوارث شركة الاجنبي فالاقرار باطل ايضا وقال محمد يصح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه ببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر ولهما ان حق الوارث لم يفرز من حق الاجنبي وانما اوجبه مشتركا بينهما فلا يمكن اثباته بدون هذا الوصف ك (قوله كان للوارث الخ لان حصة كل منهما غير ممتازة من غيرها فكل جزء من حصته يشتركان ع (قوله فاوصى الخ فقال لفلان هذا الثوب الجيد ولفلان آخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل آخر هذا الثوب الرديء ثم مات الموصي ثم هلك احد الاثواب الثلثة ولا يدري ايها هلك جامع الصغير

صاحب الجيد لاحق له فى الردی بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردی لا حق له فى الجيد الباقى بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردی هو الردی الاصلی فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردی فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال

(واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانه يقسم فان وقع البيت فى نصيب الموصى فهو للموصى له) عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه للموصى له (وان وقع فى نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت) وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثانى وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التى هى مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع فى نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية فى بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية فى بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع فى نصيب الآخر

(قوله واذا ذهب الخ هذا واضح اذا ابتدى بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردی وان ابتدى بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو ان يقال الهالك ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط فى الجيد فيهما وان كان الهالك اردء من الباقيين فحق صاحب الوسط فى الردی منهما فحقه تعلق بهذا مرة وبذلك اخرى وكان الهالك هو الوسط فلا حق له فى الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين فى حال ولا يتعلق فى حال فيأخذ ثلث كل واحد فى صاحب فی ٥٢٥ ﴿ الجيد والردی فصاحب الجيد يدعى الجيد ولا يدعى الردی لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الردی يدعى الردی دون الجيد فيسلم ثلث الجيد لصاحب الجيد وثلث الردی لصاحب الردی ع (قوله انه اوصى الخ اى انه اوصى بما يملكه وبما لا يملكه لان البيت مشترك بينه وبين صاحبه فينفذ الوصية فيما يملكه وهو نصيبه ولا ينفذ فيما لا يملك وهو نصيب صاحبه غاية ما فى الباب انه يملك البيت بعد القسمة اذا وقع البيت فى ملكه ولكن القسمة مبادلة لانه اخذ البيت مبادلة من نصيبه مما فى يد صاحبه فلا ينفذ الوصية السابقة بالملك الحادث بعد الوصية فى الموصى به كما اذا اوصى بملك الغير ثم ملكه بوجه من الوجوه حيث لا يصح الوصية فكذلك ههنا عن (قوله انه اوصى الخ يعنى ان ايجاب الوصية فى البيت يتناول ملك الموصى على الاحتمال لان الحال متردد وقت الايصاء بين ان يقع البيت فى نصيبه وبين ان يقع فى نصيب

شريكه فيتوقف حكم الوصية على القسمة فيكون ذلك وصية بما يستقر ملكه بالقسمة لان ملك الموصى على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل المنتفع به لان الانتفاع بالمشاع قاصر والظاهر ان الموصى قصد الايصاء بالملك الكامل انتفاعه فصار كان الموصى قال هذا البيت لفلان ان وقع فى قسمی فان لم يقع فى قسمی فله مثل ذلك ولو انه افصح بذلك فله مثل ذلك اذا لم يقع فى قسمه فكذا ههنا

(قوله او لان مراد الخ اى لان مراد الموصى من الوصية بالبيت المشترك بينه وبين صاحبه التقدير بذرعانه على ان يكون للموصى له من ملكه ذلك القدر تحصيلا للمقصود وهو تنفيذ الوصية لان مقصوده لا يحصل اذا اريد به التمليك بعينه لانه ربما يقع بعد القسمة في نصيب صاحبه ولكن اذا وقع البيت في نصيب الموصى تعين البيت لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتمليك بعينه عن (قوله كما اذا علق الخ فقال اذا ولدت امتى اول ولد فهو حر وانت طالق يكون المراد في جزاء الطلاق مطلق الولد يعني تطلق المرأة بولادة الولد ميتا كان او حيا اجمينا لان مطلق الولد يصلح جزاء الطلاق وفي جزاء العتق يكون المراد ولدا حيا لان الميت ليس محلا للعتق عن (قوله يقسم على احد عشر الخ فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما في عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل احد عشر (قوله فتصير السهام الخ بيانه ان الايجاب لما صح وهو متناول للبيت وهو عشرة اذرع من الدار فاذا رفعت العشرة من المائة بقي تسعون بين الشريكين لكل واحد منهما خمسة واربعون فيكون خمسة واربعون لورثة الموصى وعشرة للموصى له اذا ضممت الى خمسة واربعين يصير خمسة وخمسون فيجعل كل خمسة سهما فيصير احد عشر سهما عن (قوله ولو كان مكان الوصية الخ اى اقرار ببيت من دار مشتركة مثل الوصية به معنى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب المقر عندهما وان وقع البيت في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر بتسليم النصف او قدر النصف وقيل محمد معهما في الاقرار والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير الخ

تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه او لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ (قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع) لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصى (قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان

المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال (ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له (وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد) وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع

(قوله لان اقراره الخ يعني ان في زعم المقر ان المال يقسم اثلاثا ونصيب الموصى له ونصيب كل واحد من الابنين سواء فلما انكر احدهما او غاب جعل كان نصيبه لم يكن فيقسم الباقي عليهما نصفين لان نصيبهما سواء عن (قوله بخلاف الخ اى بخلاف ما اذا اقر احد الابنين بدين فانه يقضى للمقر له كل الدين من نصيب المقر لان الدين ليس بجزء شائع بل مقدم على الميراث الا ترى ان نصيب الغائب يجعل كالهالك ولو كان هالكا كان حق الموصى له في ثلث الباقي وحق الغريم في كله فكذلك في مسئلتنا (قوله فيكون مقرا الخ فان كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه اليه ع (قوله لان الام الخ اى انما كان الولد والام جميعا للموصى له اذا خرجا من الثلث لان ما يحدث من النماء قبل القسمة يحدث على حكم ملك الميت بدليل انه يقضى ديونه وينفذ وصاياه فينفذ الوصية بالثلث فيهما جميعا في الام اصالة وفي الولد تبعا لاتصاله بالام عن (قوله قبل القسمة وان كانوا اقتسموا واخذ الورثة الستمائة والموصى له الجارية ثم ولدت ولدا فالولد للموصى له جامع الصغير (قوله وذلك لا يجوز اى لا يجوز انتقاض الوصية في بعض الاصل لمزاحمة التبع عن (قوله بخلاف البيع اى ليس كذلك البيع لان القول بالشركة لا ينقض شيئا من الاصل لان البيع نافذ في الام كما كان وانما انحط بعض الثمن عن الاصل والثمن في البيع تابع فصار بمنزلة حط بعض الثمن بخلاف الوصية فانها عند مزاحمة الولد يخرج بعض الاصل عن الوصية فلا يبقى الوصية في الام كما كانت فلا يجوز ان يكون التبع ناقضا للاصل غاية البيان

(قوله الا انه لايقابله الخ جواب عما يقال لانم ان تعهد المبيع في البيع لايؤدي الى نقصه في الاصل فان بعض الثمن لايقابله في ذلك وفيه نقص له بحصته ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لايقابل معوضين لكن لايوجب ذلك النقص في البيع لان الثمن تابع ع

لايؤدي الى نقصه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

(فصل) في اعتبار حالة الوصية قال (واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشئ او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة) لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولايبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لايصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره (وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق) لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لايصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيه وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال (والمقعد

(والمفلوج)

(قوله اذا اتصل به القبض اما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لايقابله شئ من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن ع

(قوله قبل القسمة اى قبل القبول ايضا فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري انه لايصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والمكتسب كالولد في جميع ما ذكرنا ك (قوله وكذا لو كان الابن الخ اى يبطل الاقرار والوصية والهبة لو كان نصرانيا فاسلم قبل موت الاب ك

(والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش) لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في مرض الموت

قال (ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا) وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال (وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين) والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة

(قوله والمفلوج الخ الفالج ذهاب الحس والحركة من احد شقي البدن وسلامة الشق الآخر والفلل ذو اليد يقال شلت يده شللا ورجل اشل والسل عبارة عن اجتماع المدة في الصدر وبعدها هكذا ذكروا في كتب الطب وتفسير المطرزي ان المسلول الذي سل انثياه اي نزعت خصيتاه لا يناسب هذا الموضع لان الكلام فيما اذا تطاول المرض ولم يخف منه الموت والذي نزعت خصيتاه بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضا اصلا (قوله اذا تطاول ذلك الخ ومدة التطاول مقدرة بالسنة والمراد من الخوف الغالب منه لا نفس الخوف ك (قوله صار طبعا الخ لان المغير لحكم التصرف مرض الموت وهو ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون كذلك اذا كان بحال يزداد حالا فحالا الى ان يكون آخره الموت فاما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت فلا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه وانما يكون في حكم المرض في اول ما اصابه ذلك اذا صار صاحب فراش وصاحب الدق والسل قبل ان يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض لان الانسان قلما يخلو عن قليل مرض فما دام يخرج في حوائجه لنفسه ولم يصر صاحب فراش لا يعد مريضا عند الناس كذا ذكره الامام قاضيخان ك (قوله اذا صار الخ اي ان صار صاحب فراش في اول من حدثت به العلة ومات في ايامه ذلك فحكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح اقراره لوارث من

(قوله وغيره يلحقه اى غير العتق الذى ذكرناه يلحقه الفسخ والذى ذكره هو العتق المنجز وا مرض والعتق المعلق بموت الموصى وهو التدبير الصحيح واراد بغير ذلك سائر الوصايا سوى عن (قوله لانه لايوجب التقدم الخ لان زمان التقرر وبعد الموت والكل يتقرر معا ك (قوله لانه لايوجب التقدم فى الثبوت الاترى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل لاعبرة للبداية فكذلك هذا ع (قوله لابصيغة

الموصى وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى وإذا تقدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما فى الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لانه لا يوجب التقدم فى الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى وعندهما العتق اولى بكل حال قال (ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقى عند ابى حنيفة وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقى شئ من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقى) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هى حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقى اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال (ومن ترك ابنين

الخ يعنى ان صيغة عقد البيع بالمحاباة معاوضة لا تبرع ولكن التبرع حصل من حيث المعنى من حيث ايثار بعض المال حيث باع بالغبن الفاحش بخلاف الاعتاق فانه تبرع صيغة ومعنى لانه ايثار محض ليس فى مقابلة ايثار المال فكان المحاباة اقوى من (قوله فاذا وجدت الخ فان قيل العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ فكان العتق اولى قيل المحاباة لا يصح فسخها من جهة الميت ومن جهة الورثة فلا يكون لهم سبيل الى فسخها وانما يصح فسخها من جهة المشترى فيستقل بانقطاع حقوق فى الفسخ على تاكدها فاما ولوع الفسخ من جهة المشترى فلا اعتبار لان المحاباة ما وقعت من قبل المشترى وهو المواصلة بل من قبل الموصى وليس له الفسخ عن (قوله قسم الثلث الخ فان قيل ينبغى ان يكون تمام الثلث للمحاباة الاولى عنده لان المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحابات الاولى راجحة على العتق والمساوى للمرجوح مرجوح وكذا فى المسئلة الثانية ينبغى ان لا يشارك العتق الثانى العتق الاول عنده لان العتق الاول يساوى المحاباة وهى راجحة على العتق الثانى والمساوى للراجح راجح قلنا ترجيح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة لا يجوز بالاجماع اذا لم يكن الغير متخللا وكذا اذا تخلل الغير ك

قوله فجنى جناية اعلم ان العبد اذا جنى جناية خطأ فحكمه الدفع او الفداء ثم هذا العبد الموصى بعتقه اذا جنى جناية بعد موت الموصي كانت الورثة بالخيار ان شاؤا دفعوه بالجناية وان شاؤا فدوه فان دفعوا بطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته وهو الموصى له ع (قوله الا ان ملكه اى ملك الموصي فيه باق لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق لما بينا ان ملك الميت باق لحاجته وهذا لان ملك الورثة ملك خلافة فلا يثبت ما لم يستغن الاصل عنه وهذا جواب اشكال وهو ان يقال لما كان حق ولي الجناية مقدما على حق الموصي والموصى له ينبغي ان تبطل الوصية قبل الدفع والجواب عنه ان ملك الموصي فيه باق ما لم يدفع به وبقاء الوصية باعتبار بقاء ملك الموصي فاذا دفع زال ملكه فيبطل الوصية ك (قوله والقول قول الخ فاذا كان القول قول الورثة كان الثلث مستحقا بالعتق فان فضل شيء منه الى تمام الثلث فهو للموصى له وان لم يفضل فلا شيء للموصى له ع (قوله والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات اذا جهل التاريخ واقرب الاوقات حال المرض فيضاف العتق الحادث اليه للتيقن بالاقرب ما لم يتبين انه من قبل ع (قوله ان العتق في الصحة اى لم يكن وصية مع ثلث المال للموصى له ع (قوله وهو خصم الخ جواب عن اشكال على قول ابي حنيفة فان العتق عنده حق العبد فلا يتضمن الحرمة والدعوى شرط حتى يقبل البينة ولم يوجد الدعوى من العبد فينبغي ان لا تقبل البينة على العتق والجواب عنه ان البينة انما وجدت من الخصم فان الموصى له بهذه البينة يثبت لنفسه حقا فيكون خصما والبينة مقبولة من الخصم ك

ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء) لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال (ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال (ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة) لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء) لان الدين والعتق

في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا . والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

فصل قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او أخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة) والظاهر منه البداية بما هو الاهم (فإن تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي أنه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى أنهما وإن استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان أولى ووجه الاخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث

(قوله لا يوجب السعاية الخ) لان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع المعتق في شيء ... وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الآخر لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا لما حصلا معا بتصديق واحد يجعل كأن الامرين كانا ونفذ بجميعه فيستدل لذلك ك (قوله وله أن الخ) اي لابي حنيفة ووجه احدهما ان الاقرار بالدين اقوى من الاقرار بالعتق فيدفع الاقوى الاضعف والدليل على ذلك ان اقرار الدين يصح من رأس المال لا من الثلث فحسب وانه لا يعتبر وصية من المريض والاقرار بالعتق من المريض يصح من الثلث لا غير واسناد والاقرار بالعتق الى الصحة انما يصح اذا لم يكن المانع من الاسناد وقد وجد المانع وهو شغل الدين فانه منع الاسناد الى حالة الصحة فاقتصر العتق الى حالة المرض فعلى هذا كان ينبغي ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فيفسخ من حيث المعنى بايجاب السعاية على العبد ويقضى به الدين ولا يفسخ من حيث الصورة ولان الدين اسبق لانه لا مانع من اسناد الدين الى حالة الصحة لان الاقرار يصح من رأس المال من الصحيح والمريض جميعا واسناد العتق الى حالة الصحة لا يمكن لان الدين مرم وحيث يمنع ان يقع العتق مجانا فلا بد من ايجاب السعاية عليه واقرار الوارث بمنزلة اقرار المريض ولو ان المريض اقر في مرضه انه اعتق هذا العبد في صحته واقر بدين كان الدين اولى فكذا اذا اقر الوارث ع (قوله ولا يمكن اسناد الخ) وهذا لان العتق لم يظهر الا مع الدين وانه يمنع ظهور العتق مجانا في المرض واسناد العتق الى حالة الصحة يكون بعد ثبوته فصار الدين مانعا لاسناد العتق الى الصحة فبقي العتق مقصورا ك

يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين قال (ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم

﴿ باب الوصية للاقارب وغيرهم ﴾

قال (ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه

(قوله يقسم الخ اي اذا كان مع الوصايا المذكورة لحق الله تعالى حق الآدمي فالموصى له يضرب مع الوصايا القرب من (قوله ويقسم على آه فيجعل كل جهة من جهات القربة مفردة ولا يجعل جهة واحدة نحو قول ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات ولربك يقسم على اربعة اسهم لان كل جهة من هذه غير الاخرى والمقصود وان كان متحدا وهو القربة ولكن تعتبر الجهة المسماة لان الجهة هي المنصوص عليها وهو كما اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يصرف لكل جهة سهم وان كان المقصود من الجميع القربة ك (قوله كما ينفرد وصايا الخ فان الجميع منها وان كان المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يجعل لكل واحد سهم على حدة فكذا هذا ع (قوله وقد فرقنا بين هذا الخ والفرق وقع على قوله وله انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له الى آخره ك (قوله وقال ابو يوسف الخ قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق ع (قوله لهما ان السفر آه مفسوخ بقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا بثلثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان الكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار مما هو جواب ابي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو بدا له في ان يحج بنفسه بعد ما مشى في بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضاء الوصي لم يجز وارثه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم لبعض ثم ترك وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستفاد الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا والكتاب اقوى وان كان دلالة معمل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى ع

الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روى ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه) وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينتسب الى اقصى اب له في الاسلام) وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه

(قوله ان هؤلاء الخ) يعني ان الموصي قصده من هذا الطه وبقربه وفي هذا المعنى يستوي الملاصق وغيره لان كل واحد من جمعهم مسجد واحد يسمى صاحبه جارا عرفا فوجب حمل الاسم عليه ع (قوله وفسره الخ) روى البيهقي في المعرفة عن علي انه قال لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد قيل ومن جار المسجد قال من اسمعه المنادي ت (قوله عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران ع (قوله وما يروى فيه الخ) اخرج البيهقي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اوصاني جبرائيل عليه السلام بالجار الى اربعين دارا عشرة من ههنا وعشرة من ههنا وعشرة من ههنا ثمّ وقال في اسناده ضعف ت (قوله والذمي الاول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي لان المسجد لا يجمعه الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان ع (قوله لاطلاقه اي لاطلاق اسم الجار على المملوك وغيره ص (قوله ولا يدخل عندهما الخ وفي الزيادات والمحيط ولا يدخل فيه العبيد والاماء والمدبرون وامهات الاولاد لانهم لا جوار لهم لانهم اتباع في السكنى من غير ذكر خلاف والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها والتي هي ذات بعل لا تدخل لان سكناها غير مضاف اليها فلم تكن جارا حقيقة ك (قوله لما تزوج صفية الخ هذ من مسامحات صاحب الهداية والصواب جويرية وكان اسمها برة فسماها عليه السلام جويرية لانه يكره ان يقال خرج من بيت برة وقصتها ان جويرية بنت الحارث من بني المصطلق وقعت في سهم ثابت بن قيس فكاتبها على مال فادته (المنائع لها به فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم لما جاءت سائلة في كتابتها وتزوجها فسمع الناس انه صلى الله عليه وسلم قد تزوج جويرية فارسلوا ما بايديهم يعني من السبي فاعتقوهم وقالوا اصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت عائشة فما رأينا امرأة كانت اعظم بركة على قومها من جويرية اعتق في سببها مائة اهل بيت من بني المصطلق كذا رواه ابوداود في سننه عن عائشة وغيره

المشائخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فيتنظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى قال (واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب (ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا وكافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته اولاقربائه اولانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال (ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته) عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين

(قوله تظهر في اولاد الخ) يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول اقصى الاب علي رضي الله عنه فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر (قوله والمقصد من الخ) وانما اعتبر ابو حنيفة كل ذي رحم محرم لان الله تعالى امر بصلة الرحم ونهى عن قطيعة الرحم والحق ابو عبد الوعيد الشديد لمن سعى في قطيعته وهو قوله تعالى (ان تفسدوا في الارض وتقطعوا ارحامكم اولئك الذين لعنهم الله) فاذا كان مأمورا بصلة الرحم فالظاهر انه قصد بالوصية صلة الرحم فانصرفت الوصية الى من وجب عليه صلتهم وانما يجب عليه صلة الرحم المحرم ولا يجب عليه صلة غيرهم الا ترى انه لا يجب نفقتهم اذا كانوا معسرين ويجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم فثبت ان الوصية انصرفت اليهم (قوله ولا يدخل فيه الخ) قال لان الله تعالى قال (الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين) فاخرج الوالدين من القرابة فكما يخرج الوالدان من القرابة فكذلك يخرج الولد من قرابة الوالد فلا يسمى قريبا منه (قوله ولا معتبر الخ) جواب اشكال على قولهما وهو ان يقال انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجب التساوي في الاستحقاق اصله اذا اوصى لبني فلان فاجاب انه لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند ابي حنيفة يقيد بالاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى اي يدخل من قرابة الموصي من قبل ابيه وامه من يجمعه الى ادنى اب منسوب اليه ولا يدخل ما وراء الادنى من قرابته عنده لك

وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة قال (ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته) لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لأن الأب أصل البيت ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والأب ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لأن المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الأسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبني فلان يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه وهو قولهما لأن جمع الذكور يتناول الإناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم

قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء)

(قوله يشهد بذلك إلخ) فيه نظر لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لأنه تعالى (قال فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لأهله امكثوا) ألا ترى أنه خاطبهم فخاطب الجمع والآية في سورة القصص وكذلك خاطب في سورة طه فقال هل أتاك حديث موسى إذ رأى نارا فقال لأهله امكثوا الآية والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقربائه وأقاربها من يضمهم فعلم أن المفاد ... لا يستدل عليهما إلا بطريق معرفتهما السماع كما عرف في الأصول وإنما استشهد بالآية تبركا فإن ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة فلا يضر في مطلوبه كذا في العناية وغيرها فاعل (قوله لأن الآل القبيلة إلخ) فيدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل أبيه إلى أقصى أب له في الإسلام الأقرب والأبعد والذكر والأنثى والمسلم والذمي والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات ولا أحد من قرابة أمه لأنهم لا ينسبون إلى أمهم وإنما ينسبون إلى آبائهم فكانوا من جنس آخر من أهل بيت آخر لأن البيت يعتبر من الآباء زيلعي (قوله يدخل فيه إلخ) قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي إذا أوصى لأهل بيته فإن كان الموصي من أولاد العباس

من قبل الأب دخل فيه سواء كان ذكرا أو أنثى بعد أن يكونوا منسوبين إليه من قبل لأن الآباء ومن كانت نسبته من قبل الأم لا يدخل فيه لأنه لا يسمى من أهل بيته وإنما يسمى من أهل بيت آخرين وكذا الوصية لجنس فلان أو لمنتابي جنسه لأن الجنس وأهل البيت سواء قال فخر الإسلام في شرح الزيادات وكذلك المرأة توصي بجنسها وأهل بيتها لم يدخل فيه ولدها إلا أن يكونوا من بني أعمامها

لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا (ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) لانه لمانص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما فى الميراث (ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة) وقال الشافعى فى بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر فى موضع آخر انه يوقف حتى تصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلاينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف مااذا حلف لايكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولاتنافى فيه ويدخل فى هذه الوصية من اعتقه فى الصحة والمرض ولايدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلابد من تحقق الاسم قبله وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولوكان له موال واولاد موال وموالى موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالى الموالاة وعن ابى يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة فى المعتق الانعام وفى الموالى عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولايدخل فيهم موالى الموالى لانهم موالى غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه بالاعتاق وبعتقه وبخلاف مااذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالى لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولوكان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولايدخل فيه موال اعتقهم ابنه اوابوه لانهم ليسوا بمواليه لاحقيقة ولامجازا وانما يحرز

قوله فالوصية بينهم للذكر الخ هذا اذامات الموصى لورثته ثم مات الموصى اما اذامات الموصى قبل ان يموت الموصى لورثته فالوصية باطلة ك (قوله فالوصية باطلة وقال الشافعى الخ مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعى يجوز ذلك فاجاز هذا واصحابنا مامنعوه فكذلك منعوا فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فلم قال الوصية باطلة اجيب بان الكلام فيما اذامات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لايفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان يصرف الوصية الى المولى الذى اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام فى حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروى عن ابى يوسف لهذا المعنى اجيب بانها معارضة بجهة اخرى وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب فى المولى الاسفل الفقر وفى الاعلى الغنا والمعروف كالمشروط شرعا ع (قوله حتى تصالحوا اى حتى يصطلحوا على ان الثلث بينهما فاذا اصطلحا على ذلك جازت الوصية وكان الثلث بين الفريقين فان بطلان الوصية قبل الاصطلاح لمكان الجهالة اذلايدرى من المستحق ملثلث فقد زالت الجهالة بالاصطلاح لان بعضه يصل الى المستحق وبعضه الى غير المستحق برضاء المستحق فيصح الوصية وجوابه ان الايصاء ابتداء تمليك من مجهول فيلغو فلايصير ملكالاحد الفريقين فيبقى الثلث على ملك الموصى وانتقل بموته الى ورثته فلايكون للموالى عليه سبيل وان اصطلحوا ك (قوله ان الجهة مختلفة لان المولى الاعلى منعم والمولى الاسفل منعم عليه بخلاف الاخوة لان اسم الاخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد وهو المتفرع من اصله فصار الاسم عاما لامشتركا ك

الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غير مصره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين من يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه له بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى له بها

(قوله اذا كان يخرج من الثلث احترازعما اذا لم يخرج فانه ليس الاخراج الى اهله الا باجازة الورثة ع (قوله ولو اوصى الخ فتحصل جوازه فيما تقدم ولعله ذكره مبتدا لقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة يعني اذا لم يخرج الورثة وكان الوصية بغلة عبده سنة وقد كبر الى هنا اما بدون اجازة اوان اوانظرا الى الخبر ع (قوله فكان بالجواز آه اى كان الايصاء بالغلة اقرب اى احرز من الايصاء بالخدمة لان الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن ابي ليلى فاذا جاز الايصاء بها جاز الايصاء بالغلة بالطريق الاولى لانها عبارة عن مال عين وهو الدراهم والدنانير ك (قوله يحتمل القسمة الخ هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد فان هناك لما لم يحتمل نفس العبد القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة الخدمة بطريق المهاياة ك (قوله والخدمة الخ في المبسوط ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة لانه انما تمكن من استخدامه اذا انفق عليه فان العبد لا يقوى على الخدمة الا بنفقته وهو احق بخدمته فيلزمه نفقته كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع به وان ابى ان ينفق رده على صاحبه فهنا كذلك ايضا وان كان اوصى بخدمة عبد صغير لانسان وبرقبته لآخر وهو يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة ك (والوند)
(قوله عطفا الخ ومعنى ذلك انه عطف قوله لآخر برقبته بالواو على قوله اوصى له بخدمة عبده ع (قوله ثم لما صحت الخ اما للبيين والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بصاحب الخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث عنايه

(قوله وكذلك فى اخواتها اى اخوات مسئلة الوصية بالامة لرجل وبما فى بطنها لرجل آخر واراد باخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار مع ابناء ومسئلة السيف والحلية ومسئلة البستان والثمر ومثل ذلك عن (قوله لابى يوسف الخ الامثلان ذكر فى اكثر شروح الزيادات ولم يذكره فخر الاسلام فى شرح زيادات ولانى اصوله لان ابايوسف لم يثبت خلافه فى ظاهر الرواية وانما علم خلافه من رواية الاملاء كذا ذكر السكرخى فى مختصر الزيادات عن (قوله كما فى وصية الرقبة والخدمة فان المفصول والموصول فيهما فى الحكم سواء لعدم كون الثانى بيان تغيير حتى يشترط الوصل لعدم كون الوصية ملزمة فى حال حيوة الموصى اعطى (قوله بخلاف الخدمة مع الرقبة يعنى لو اوصى برقبة العبد لانسان وبخدمته لآخر كان كما اوصى وان كان فى كلام مفصول ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شئ وانما كان هكذا لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة بخلاف مانحن فيه فان الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا واسم الجارية يتناولها وما فى بطنها واسم القوصرة كذلك ك (قوله وفيه ثمرة انما قيد به لانه اذا لم يكن للبستان ثمرة والمسئلة بحالها فمسئلة الثمرة كمسئلة الغلة فى انه يتناول

الولد بينهما نصفان وكذلك فى اخواتها لابى يوسف ان مايجابه فى الكلام الثانى تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لاتلزم شيئا فى حال حيوة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما فى وصية الرقبة والخدمة ولمحمد وان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها ومافى بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الاول كما اذا اوصى للثانى بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال (ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ماعاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة تنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فاذا اطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال (ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد

الثمرة المعدومة ماعاش الموصى له كما فى مسئلة الغلة ن (قوله وان اوصى له بغلة بستانه الخ ثم فى البستان السقى والخراج وما فيه صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فهى كالنفقة فى فصل الخدمة ك

(قوله والفرق الخ اى الفرق بين هذه المسئلة حيث لاتتناول الحادث وان ذكر الابد وبين ماتقدم من الوصية بثمرة بستانه اذا ذكر الابد يقع على الحادث ايضا وكذا الوصية بالغلة تقع على الحادث ايضا ذكر الابد اولم يذكر هو ان القياس الخ ص (قوله بعقد البيع تبعا اى يدخل ما على ظهر الغنم من الصوف في بيع الغنم تبعا للغنم ويجوز الخلع على ما في ظهور غنمها من الصوف ك (قوله وبعقد الخلع

وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا اولم يقل) لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ماتقدم والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لايقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليه اصلا ولاتستحق بعقد ما فكذلك لايدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمى

قال (واذا صنع يهودى اونصرانى بيعة اوكنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولايلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلاتصح عندهما قال (ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث) معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة اوكنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال (وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة) لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم ومايدينون فتجوز بناء على اعتقادهم الاترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لاتجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى (وانما يزول)

صورته ان تقول المراة لزوجها خالعني على مافي بطن جاريتي وغنمي صح وله مافي بطنها وان لم يكن في البطن شئ فلاشئ له وماحدث بعد ذلك للمراة لان مافي البطن قد يكون متقوما وقد لايكون ولم تغره حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس بها حمل يرد المهر عناية (قوله فهو ميراث اى بالاتفاق على اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة لعدم لزوم الوقف وعندهما لكون ذلك الفعل معصية لايقال البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا والمسلم اذا جعل داره مسجدا في صحته وسلم لايورث فينبغي ان يكون البيعة كذلك لانا نقول المسجد تحرز من حقوق العباد وصار لله تعالى خالصا فلا يورث ولا كذلك البيعة لان البيعة عندهم لمنافع الخلق فانها تسكن فيها اساقفهم ويدفن فيها امواتهم ك (قوله على اعتبار المعنيين معنى الاستخلاف والتمليك فجعلنا من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ماشاؤا ع (قوله وقال الخ قال مشايخنا هذا الاختلاف فيما اذا اوصى ببناء بيعة اوكنيسة في القرى فاما في المصر فلاتجوز بالاتفاق لانهم لايمكنون من احداث البيعة في الامصار كذا في جامع الصغير للبرهاني ك

(قوله بخلاف الوصية الخ متصل بقول ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله لثبوت مقتضاه وفي قوله على مقتضاه كلها راجعة الى الوصية بتاويل الايصاء ع قوله امتنع ثبوت مقتضاه وهو زوال الملك في غيرما هو قربة عندهم فبقي اى الايصاء فيما هوقربة على مقتضاه

وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرز لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غيرما هو قربة عندهم فبقي فيما هوقربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في حقنا ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير معينين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقهم لا في حقنا كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم (قال واذا دخل الحربي دار نا بامان فاوصى لمسلم

وهو زوال الملك فلذلك لا يورث ثم ورد محمد على نفسه سؤالا فقال كيف يكون هذا قربة من الذمي فانه لا يثاب على ذلك. قلنا الاحكام في حقهم انما تبتنى على ما يظهرون لا على الحقيقة الا ترى انه اذا ذبح وسمى اسم الله يحل ذبيحته وان كان ما يعتقده الهاليس باله على الحقيقة ولو ذبح باسم المسيح لا يحل ذبيحته على ما قال عمر رضي الله عنه اذا سمعتموهم سموا الغير الله فلا تاكلوا ك (قوله وهو ما ذكرنا يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة ع (قوله الا اذا كان الخ وان كانوا لا يحصون لا يصح الوصية لانه لا يمكن تصحيحها تمليكا فتبطل لانها ليست بطاعة عندهم لانهم لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم بل يعدون ذلك فيما بينهم استهزاء لو نفذت وصيته ح اذن على

(قوله لوقوعه تمليكا فيبطل الجهة التي سبيل الهزل والوصية يبطلها الهزل ع

فيها ان شاؤا فعلوا ذلك وان شاؤا تركوا ان كانوا لا يحصون لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه تمليكا وانما ليست بقربة في اعتقادهم حتى يكون تمليكا من الله تعالى في اعتقادهم فلا يصح ك (قوله والجهة مشورة اى صرف هذا المال الموصى به الى الحج وبناء المساجد والاسراج فيه خرج على طريق المشورة ك

او ذمي بماله كله جاز) لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه في دار الاسلام هو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز لانه مستأمن من اهل الحرب اذ هو على قصد ان يرجع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

﴿ باب الوصي وما يملكه ﴾

قال (ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده في غير وجهه فليس برد) لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه (فان رده في وجهه فهو رد) لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة

(قوله جاز قبل هذا اذا لم يكن ورثته معه في دار الاسلام اما اذا كانت ورثته معه يتوقف على اجازتهم اشار في الكتاب الى هذا بقوله وليس لورثتهم حق الخ ك (قوله ولو كان اوصى الخ جواب عما يرد على قوله ويرد الباقي على الورثة وهو ان يقال ان ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ من ذلك ع (قوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ ع (قوله فكذا بعد مماته فالوصية تبرع بالتمليك بعد الموت فيعتبر بالتبرع في حالة الحيوة كالهبة والصدقة وذلك صحيح من المسلم للمستأمن فكذا هذا ص (قوله من اهل الحرب فوصيته من هو من اهل دار الاسلام لمن هو من دار الحرب باطل لان التباين بين الدارين تأثيرا في قطع العصمة والموالاة ص (قوله التزموا الخ فكما ان الوصية فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا يجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته فكذلك لا يجوز من الذمي ص (قوله في دار الاسلام يتعلق بقوله اوصى لا لحربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب الا انه لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكما وكذا في المبسوط ولان الذمي لو اوصى لحربي في دار الاسلام يجوز على ما ذكر قبل هذا وهو قوله وكذا لو اوصى له اي للمستأمن مسلم او ذمي بوصية جاز ك

الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي سواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب (وان لم يقل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل) لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال (ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي من الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام

(قوله واذا كانت الخ يعني لما كانت خلافته كالارث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث واذا صح البيع [illegible] ما حكم التعاد البيع فلا يملك رده بعد ذلك ك (قوله وقد بينا الخ يعني ان العلم بالوكالة يثبت بخبر [illegible] مسلما كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امرأة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقا وعند ابي حنيفة يشترط العدد والعدالة حتى لا يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين او بخبر الواحد العدل ع (قوله واذا لم يقبل الخ يعني ان الوصي اذا سكت في حيوة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل ع (قوله فله ذلك وفي قول زفر لا يجوز قبوله بعد ما رد لانه لما رد فقد بطل التفويض واذا بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك عن (قوله وضرر الوصي الخ هذا جواب سؤال مقدر بان يقال كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الوصية بقوله لا اقبل يلزم الضرر بالوصي في بقاء الايصاء ولزومه لانه يعجز عن القيام بذلك (قوله لانه مجتهد فيه اي لان امضاء القاضي صح لوقوعه في المجتهد فيه فلما صح القضاء بطلت الوصية فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح عن (قوله الى عبد اي الى عبد غيره لقوله بعده لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى ك (قوله ستبطل يدل عليه ما ذكر في الايضاح ولو تصرف العبد قبل ان يخرجه القاضي نفذ تصرفه لانه اهل التصرف لكن يخرجه القاضي للمعنى الذي ذكرناه وهو ان منافع بدنه مستحقة للمولى فلا يجوز الصرف الى ورثة الموصي وقبل الاخراج الوصاية باقية فنفذ تصرفه لذا

العاجز بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال (ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره) رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان

(يعزله)

(قوله وهذا الخ اى كون الفسق بحيث يخاف عليه في المال لخيانته يصلح عذرا في اخراج العاجز من الوصاية وجعل غيره وصيا مكانه لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده ... بالمحيط والصيانة وبالخيانة يرتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الصيانة عن (قوله مختصر) احتراز من ايصاء الى عبد الغير فانه لا استبداد له في التصرف وعن الايصاء الى عبد نفسه وفي الورثة كبير لان الكبير ان يبيع نصيبه منه فلا يبقى للعبد الاستبداد بنفسه واما فيما نحن فيه فلا يملك بيعه احد فكان مستبدا بالتصرف وفي الاسرار فان قيل للقاضي ولاية البيع في هذه المسئلة قلنا اذا ثبت الايصاء للعبد لم يبق للقاضي ولاية البيع له (قوله وصار اي الايصاء الى العبد القن كالايصاء الى المكاتب فذلك يجوز فكذا هذا من (قوله اى ولاجل ان وصي الميت مختار الميت قدم على اب الميت في التصرف فبالطريق الاولى ان يقدم الوصي على وصي القاضي الذي هو غير الميت من (قوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزى اذ لا يقال ان ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجزى فكان عائدا على موضوعه بالنقض فتأمله

بمنزلة حتى تبدل بغيره حيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان فى الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضى منابه كانه لا وصى له قال (ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابى حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا فى اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد كل واحد منهما بالتصرف فى جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهى وصف شرعى لا تتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما يتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضى الموصى الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين فى الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف للوصى ولهذا يبقى مخيرا فى التصرف ففى الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفى الثانى استوفى حقا لصاحبه لان ولاية التصرف لهما فاذا تصرف وحده فلا يصح اصله الدينين اللذين عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهى ما استثناه فى الكتاب واخواتها فقال (الا فى شراء كفن الميت وتجهيزه) لان فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعا وعريانا (ورد وديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين

(قوله الا فى اشياء معدودة وانما قال الا فى اشياء معدودة لاختلاف العلماء فيها فذكر فى الاسرار ستة من [illegible] الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد الغصب والوديعة والخصومة وذكر فى الجامع الصغير لقضيخان ثمانية وهى الستة المذكورة فى الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعة ويحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس الاموال الضائعة فيعدا واحدا لئلا يزيد على ما نص عليه من الثمانية والذى ذكره المصنف اكثر من ذلك ع (قوله وقال ابو يوسف الخ روى عن ابى القاسم الصفار ان هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الميت الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه اخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وحكى عن ابى بكر الاسكاف ان الخلاف فيها جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل فى المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وعنده يثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة ك

(قوله وتنفيذ وصية الخ اى كذلك تنفيذ الوصية بشئ بعينه اذا كان يخرج من الثلث فللموصى له ان يأخذه وكذلك لاحدهما ان يعينه على ذلك القبض قال في شرح الطحاوى وكذلك [illegible] ما ان نفذ الوصية من جنس ذلك المال الذى اوصى به نحو ما اذا اوصى بدراهم الرجل فادى احدهما ما اوصى من الدراهم اوكان ثيابا فادى من جنس تلك الثياب من حيث انه لايحتاج الى الحرى فانه يجوز اداؤه فاما اذا احتاج الى بيع شئ حتى يؤدى من ثمنه الوصية فان ذلك البيع لايجوز الاباذن صاحبه كذا ذكره الامام الاسبيجابى ع (قوله لان الاجتماع الخ كاحد الوكيلين والخصومة ينفرد بها احدهما فاحد الوصيين اولى لان ولاية الوصى اعم ولهذا كان للوصى ان يوصى الى غيره بخلاف الوكيل ليس له ان يوكل غيره ع (قوله وفى الجامع الصغير الخ ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ان اقتضاء الدين اى قبضه ليس كقضاء بل هو على الاختلاف ع (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء اى القبض فى عرفهم فيكون على الخلاف وفى عرفنا يراد به الطلب فيملكه كل واحد منهما ك (قوله لان وجوب الخ اى لان وجوب الوصية يكون عند الموت فتثبت الوصية لهما جميعا بخلاف الوكالة وقد يوصى الانسان الى غيره

اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع فى يده فكان من باب الاعانة ولانه لايحتاج فيه الى الرأى (وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه) لانه لايحتاج فيه الى الرأى (والخصومة فى حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين (وقبول الهبة) لان فى التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذى فى حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع مايخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لاتخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان فى التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع فى يده فلم يكن من باب الولاية وفى الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه فى عرفهم وهذا لانه رضى بامانتهما جميعا فى القبض ولانه فى معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ماعرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضى برأى الواحد وقيل الخلاف فى الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابى يوسف الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد ان يخلفه متصرفا فى حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحى فللحى ان يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى آخر لان رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه وعن ابى حنيفة انه لاينفرد بالتصرف لان الموصى مارضى بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصى واوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعى لايكون وصيا فى تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة والجامع بينهما انه رضى برأيه لابرأى غيره ولنا ان الوصى يتصرف بولاية

(منه)

على ظن انه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فكان بمنزلة الوصية اليهما معا بخلاف الوكيلين فان رأى الموكل قائم عند ك واذا عجز الوكيل يتمكن الموكل من المباشرة بنفسه فلم يكن قصده ضم الثانى الى الاول وانما كان قصده انابة كل واحد منهما منابه بالانفراد ك

مستقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل الى الوصى فى المال والى الجد فى النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصى وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلته فيهما ولانه لما استعان به فى ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حى يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصى خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما فى يد الوصى ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقى لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقى لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة قال (فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقى) لما بينا قال (وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما فى يده حج عن الميت من ثلث ما بقى وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع ما فى يده) وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشىء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشىء لان القسمة حق الموصى ولو افرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شىء وبطلت الوصية فكذا

(قوله اى الجد فى النفس يعنى اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغير واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصى فيما انتقل [illegible] لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عد[illegible] ع (قوله قائم مقام الاب الخ الاب كان له ولاية الانكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الجد له ولاية الانكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه وكذلك الموصى كان له ولاية التصرف فى ماله بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الوصى لقيامه مقامه ك (قوله وعند الموت الخ اى عند موت الموصى كان للموصى ولاية فى التركتين اى تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤل اليه وتركة موصيه اما فى تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثانى منزلته فيهما ع (قوله تلافى ما فرط منه اى تدارك ما سبق من الميت من التقصير ولو قال ما فرط فيه بالتشديد كان اولى اى ما قصر فيه ع (قوله ويصير مغرورا بشراء الخ فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها الوارث من آخر والمسئلة بحالها فان المشترى يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة من بائعه حتى يكون غروره كغروره ع (قوله فصحت قسمته الخ لان ولايته ثابتة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار والموصى له خصم والقسمة بين الخصمين صحت ك (قوله ولا يصير مغرورا الخ حتى لو كان للموصى به جارية فاستولدها الموصى له ثم استحقت اخذها المستحق وولدها ولا يصير الولد حرا بالقيمة بحكم الغرور بخلاف الوارث ك (قوله غير ان الوصى الخ جواب سؤال تقريره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ع

(قوله فقسمته جائزة ذكر الامام المحبوبي ان هذا الجواب فيما اذا كان التركة مما يكال او يوزن لان المقصود فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد احد الشريكين باخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضاء ويجوز له ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة [illegible] المبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة قلت ووضع المسئلة في الدراهم وهي مما توزن ع (قوله لان الوصية صحيحة قال الفقيه

اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامه بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال (ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة) لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما ههنا فبخلافه قال (ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده (ويرجع فيما ترك الميت) لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي

العتابي في شرحه للجامع الصغير والوصية للغائب صحيحة لان قبوله ليس بشرط عن (قوله فنفذ ذلك) الفرق بين القاضي حيث جازت مقاسمته على الموصى له وبين الوصي حيث لم يجز مقاسمته على الموصى له ان للقاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف فكان قسمته كقسمة الموصى له والوصي لا يملك بيع شيء من مال الموصى له فلم يكن له ولاية عليه اصلا فلم ينفذ قسمته عن (قوله بخلاف العبد الخ اي بخلاف العبد المأذون المديون حيث لا يبيعه مولاه او وصيه بغير محضر من الغرماء لان لهم حق الاستسعاء حتى يأخذوا كسبه فيكون البيع مبطلا لحقهم فلهم ان يبطلوا البيع تحقيقا لحقهم وهذا حق الغرماء في الثمن لا غير فيكون البيع محققا لحقهم لا مبطلا فكان بيع الوصي بمحضر من الغرماء وغير محضر منهم سواء عن (قوله بغير رضاه لان رضا المشتري باخذ الوصي الثمن انما كان بشرط سلامة المبيع ولم يسلم ك (قوله لا يرجع اي لا يرجع الوصي على احد لانه ضمن بقبضه اي لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق الغلام ولم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشيء ك

(قوله لم يرجع بشيء اى لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت [illegible] كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة نقلا عن المنتقى ان الوصي يرجع [illegible] كين والقياس هكذا لان عمل تصرف الوصي عند اليوم فالغرم يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في هذا التصرف وهو الصواب والمفيد تبعه ح

تعطيل القضاء ويمتنع عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال (واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز) وهو ان يكون املأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول املأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله) لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار) لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن

(قوله وان كان الاول اى وان كانا سواء ذكر انه لا يجوز كذا ذكره الامام المحبوبي وفي الذخيرة وان كان الثاني مثل الاول في الملاء فقد اختلف المشايخ فيه واشار في الكتاب الى انه لا يجوز ك (قوله على بعض الوجوه وهو انه اذا لم يكن مليا يتأخر الاداء والتأخير اتلاف من وجه ك (قوله لانهم يتصرفون الخ اى يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف الوصي ع (قوله لان ذلك احوط لانه لو كتب كتابا واحدا وجمع بين الوصية والشرى ويشهد من الشهود من لم يحتمل الشهادة على الوصية فعند اداء الشهادة عسى ان يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زور ك (قوله ولو كتب جملة بان كتب اشترى من فلان وصي فلان واشهد عليه قوما وفيهم من لم يشهد على الايصاء فربما يشهد بالكل فيكون حملا له على الكذب وهذا لانه قلما يتفق ان يكون الشهود على الامرين فريقا واحدا كاف (قوله الغائب قيد بالغيبة لانهم اذ كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة اصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين او اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة ع

بنفسه قال (ولا يتجر في ماله) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال (والوصي احق بمال الصغير من الجد) وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه (فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب) لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير انه يتقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه

(فصل في الشهادة) قال (واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة) لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال (الا ان يدعيها المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول

(عند)

(قوله وهذا الجواب في تركة هؤلاء قيد به لان الوصي كالموصي وهم لا يملكون الا الحفظ فكذا وصيهم فان كان ما لصغير مال لامن تركتهم لا يملك وصيهم حفظه لان ولايته الحفظ مقصورة على ... وصي له (قوله في تركة هؤلاء يعني الاخ والام والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء ... ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير من ... العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام فانها في حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير فكذلك وصيها واما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية اما اذا كان وان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا بيع بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه حكما لا ولاية لام على الصغير في المال فكذلك لا ولاية لاخ والعم عليه عنايه (قوله ان للقاضي الخ فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذا عند اداء الشهادة اذا تمكنت الشبهة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الوصيين والموصى لهما وارثان متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فانه من هذا الوجه ما لم يكن له وصي وهناك تقبل الشهادة فكذا ههنا ك

(قوله بخلاف شهادتهما الخ لان الوصي انما صار خصما بقبول الوصية فيما هو من جملة الميراث وانه يبيع [illegible] الكبير على الاجنبي لابطريق الارث هو كاجنبي آخر ك (قوله مع ابي يوسف اي لايجوز [illegible] كل فريق من الشاهدين في حق الآخر لافي حق الدين ولافي الوصيه بالف درهم مثل قول محمد اي تجوز

عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الف درهم لم تجز) وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابويوسف لاتقبل في الدين ايضا وابوحنيفة فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلاشركة ولهذا لوتبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لواستوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المحل فلايتحقق الشركة قال (ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لاشركة فلاتهمة (ولوشهد انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال (واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو

شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر في حق الدين ولايجوز في حق الوصية بالف درهم فصار عن ابي حنيفة روايتان وعن ابي يوسف كذلك وعن محمد رواية واحدة ك (قوله يجب في الذمة الخ بخلاف الوصية لان الحق بالوصية لايثبت في الذمة وانما يثبت في العين فصار المال مشتركا بينهم من (قوله مثبتة الخ فشهادة كل فريق يلاقي محلا مشتركا فهو نظير مسئلة الوصية بالثلث وهذا لان المقصود من اثبات الدين بعد الموت الاستيفاء من التركة وباعتبار المقصود يتحقق الشركة بينهم فيه عن (قوله لانه لاشركة لان كل واحد من الفريقين يثبت الحق للمشهود لهما في ذلك المحل عن (قوله فالشهادة باطلة وهذا لان الثلث مشتركا بين الموصى لهم فشهادة كل فريق لاقت محلا مشتركا بين المشهود له والشاهد عن (قوله باطلة لانهما اوجبا شركة لانفسهما فيما شهدا به للآخرين وكذلك اذا شهدا للآخرين بالف مرسلة ايضا ك

(قوله والحكم للاسبق لان السبق من اسباب الترجيح فدل السبق على انه هو المجرى الاصلي وهو وجد بعد ذلك من موضع آخر انصراف عن المجرى لعلة او عارض فلا يلتفت اليه عن (قوله ... امرى العقد فيه ان حين وجد الاول لم يكن له معارض فاخذ اسم المبال قبل ان يأخذ (... الاسم الثانى بمعارضه الاول حين وجوده فترجح السابق

الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلى (وان كانا فى السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابى حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل فى اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس تدل على القوة لانه قد يكون لاتساع فى احدهما وضيق فى الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل) وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدى مستو لان هذه من علامات الذكران (ولو ظهر له ثدى كثدى المرأة او نزل له لبن فى ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

(فصل فى احكامه) قال الاصل فى الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط والاوثق فى امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك فى ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل للرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته فان قام فى صف النساء فاحب الى ان يعيد صلوته) لاحتمال انه رجل (وان قام فى صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره والذى خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا) لاحتمال انه امرأة قال (واحب الينا ان يصلى بقناع) لانه يحتمل انه امرأة (ويجلس فى صلوته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة (وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد) لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزأه (وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال) لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره

(ان يختنه)

ك (قوله وان كان البول اى اذا كان بوله فى الخروج والكثرة على السوء كان مشكلا بالاتفاق وفى شرح الطحاوى وقال ابو يوسف ومحمد يعتبر الاكثر منهما فان استويا فى الكثرة قالوا جميعا لا علم لنا به ك (قوله لان هذه من علامات الذكران وقوله فى ذلك مقبول لانه امر فى باطنه لا يعلمه غيره وقول الانسان مقبول فيما يخبر عما فى باطنه مما لا يعلمه غيره من (قوله فى احكامه اى احكام الخنثى المشكل وهو الذى لم يظهر فيه احدى علامات او تعارضت العلامات وتذكير الضمير الراجع الى الخنثى لتغليب الذكر على الانثى لان فيه جهة الذكورة وجهة الانوثة عن (قوله ويعيد الذى الخ وفى الهبسوط والمراد بالاعادة على طريق الاستحباب لا ايجابا ان محاذاة المرأة الرجل فى حقهم موهوم ومبنى العبادة على الاحتياط فيستحب لهم ان يعيدوا صلوتهم لهذا ك

ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاع له الامام امة من بيت المال) لانه اعد لنوائب المسلمين (فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا من احتمال المحرم (وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه) لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى) لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال (كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره) لما قلنا (وان قال القولين جميعا عتق) للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل (وان قال الخنثى انا رجل او انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله) لانه اعلم بحاله من غيره (وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة (وييمم بالصعيد) لتعذر الغسل (ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال انه ذكر او انثى (وان سجي قبره فهو احب) لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان ذكرا فالتسجية لا تضره (واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال انه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال انه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى

(قوله ويكره له الخ قوله في حياته لا يفيد زيادة فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاصه بالكراهة وبعد الموت الالباس والكراهة للملبس الا انه اتبع لفظ المبسوط وانما وقع في المسائل ... وذلك لان لبس الحلي والحرير لا يحل للرجال ويباح للمرأة فكان الاحتياط في ترك لبسه كيلا ... ون والعاق

المراد ان كان رجلا ك (قوله وان ينكشف قدام الرجال لاحتمال انه امرأة وقدام النساء لاحتمال انه رجل وهذه المسئلة تدل ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى لينكشف للنساء فانه ليس المراد من الكشف ابداء العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وفي نظر المرأة الى المرأة روايتان ك (قوله وان يخلو به الخ وذلك لقوله عليه الصلوة والسلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان فاذا خلا الخنثى برجل فمن الجائز انه امرأة فيكون هذا خلوة رجل بامرأة اجنبية واذا خلا بامرأة فمن الجائز انه ذكر خلا باجنبية والمراهقة في المنع من هذه الخلوة كالبالغة لان المنع لخوف الفتنة عن (قوله او يسافر الخ قيد بقوله من الرجال لانه يكره ان يسافر معه امرأة محرما كان او غير محرم لانه من الجائز انه انثى فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرم لهما وذلك حرام ك (قوله يكره له الخ فان المرأة في احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الازار والرداء فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح احدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لا علم لي به ك

لاحتمال انه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي) لاحتمال انه عورة (ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي) يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك) وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع عند الانفراد فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلاثة وفي حال يكون اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينتصف فيكون له سهمان ونصف فينكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن به كذا ههنا الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة

(قوله نعش المرأة النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلوة ع (قوله ولا بأس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحيوة فالزيادة على الثلث في كفن الرجل لا يضره كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس ... بزيادة على الثلث واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلث ترك السنة فان السنة ... المرأة ان تكون خمسة اثواب فكان احوط الوجهين ما ذكرنا ك (قوله الا ان يتبين الخ استثناء من قوله وهو انثى عنده في الميراث يعني ان الخنثى يعتبر انثى في الميراث عند ابي حنيفة الا اذا تبين غير كونه انثى بان يظهر فيه احدى علامات الذكورة بلا تعارض فح يعتبر ذكرا ص (قوله وقالا للخنثى الخ هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب لان محمدا مع ابي حنيفة في عامة الروايات ويحتمل ان يراد انهما قالا على قياس قول الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى ك (قوله واختلفوا الخ ثم اختلفوا بين تخريجهما ان على تخريج قول ابي يوسف كان نصيب الخنثى اكثر مما نصيبه على قول محمد فان ثلثة من سبعة اكثر من خمسة من اثني عشر لانا لو زدنا نصف سبع على ثلثة اسباع يصير نصف الكل والخمسة لا يصير نصف الكل الا بزيادة سهم من اثني عشر وهو نصف السدس ونصف السدس اكثر من نصف السبع فثبت ان ما قاله ابو يوسف انفع للخنثى ك (قوله والخنثى ثلثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت والبنت في الميراث نصف كل المال فيكون له ثلثة ارباع نصيب الابن فيضرب مخرج الربع وهو اربعة في سهم وذلك اربعة ارباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن اربعة ع

الربع وللاخوين لام الثلث والباقى للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما والله اعلم بالصواب (مسائل شتى) قال (واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما فى هذا الكتاب فاومى براسه اى نعم اوكتب فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار فهو جائز ولايجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز فى الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولافرق بين الاصلى والعارضى كالوحشى والمتوحش من الاهلى فى حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك فى الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلاتفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلى فلايتقاسان وفى الآبدة عرفناه بالنص قال (واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومى ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولايحد ولايحد له) اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب من دنا الاترى ان النبى عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز فى حق الغائب العجز وهو فى حق الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ماقالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلابد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلايثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولاتختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولاحاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلايحد للشبهة ولايحد ايضا بالاشارة فى القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لايثبت ببيان فيه شبهة الاترى انهم لو شهدوا بالوطئ الحرام اواقر بالوطئ الحرام لايجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق اواقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد

(قوله فاذا جاء من ذلك اى اذا جاء من الايماء والكتابة مايعرف انه اقرار فهو يكون وصية وانما [illegible] مايعرف انه اقرار لان ما يجئ من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما مايكون [illegible] دلالة الانكار كما اذا حرك رأسه عرضا مثلا والثانى مايكون ذلك منه دلالة الاقرار كما اذا [illegible] رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه فى نعم ك (قوله يعتقل لسانه على بناء المجهول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبست عن الكلام وقد يقدر عليه ع (قوله كالوحشى والمتوحش من الاهلى اى ماتوحش من النعم فذكاته العقر والجرح كالوحشى الاصلى ولم يفصل بين الاصلى والعارضى فكذا ههنا ك (قوله حتى لوامتد الخ وحد الامتداد سنة كذا ذكره الامام التمرتاشى وذكر الحاكم ابو محمد رواية عن ابى حنيفة انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لايرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى كذا ذكره الامام المحبوبى ك (قوله ولان التفريط الخ اقول لايذهب عليك ان هذا التعليل يقتضى ان لايجوز اشارة معتقل اللسان ولو امتد اعتقاله لان تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك ايضا مع انهم قالوا ان هذا بمنزلة الاخرس فى الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل نت (قوله ولايحد اى حد كان فيتناول جميع الانواع اى لايحد الاخرس اذا كان قاذفا بالاشارة اوالكتابة وكذا اذا اقر بالزنا اوالسرقة اوالشرب لان المقر على نفسه ببعض الاسباب الموجبة للعقوبة مالم يذكر اللفظ الصريح لايستوجب العقوبة ك

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيهما معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ماتوهمه بعض اصحابنا انه لاتعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولاضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا (وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض) لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل) وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لايجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولاضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الاترى ان اسواق المسلمين لاتخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لايمكن الاحتراز عنه ولايستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لاضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

تم

(قوله فجاز ان يثبت الخ اقول انه مخالف لما صرح به فيمامر في عدة مواضع من هذا الكتاب من ان القصاص ايضا يندرئ بالشبهة كمامر في كتاب الشهادة وكتاب الكفالة وكتاب [illegible] من عبدالحليم (قوله اما الحدود الخالصة الخ قيد الخالصة محل مناقشة فان حد القذف غير [illegible] تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع انه ايضا زاجر لايثبت بالشبهة ولايكون اشارة الاخرس حجة فيه ايضا كما صرح به فيمامر فلايتم التقريب بالنظر اليه نت (قوله زيادة بيان لانه يفهم منه المقصود بلاشبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ايهام ع (قوله لما انه اقرب الخ اي الاشارة اقرب الى الكلام من الكتابة لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة من المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بماهو متصل بالمتكلم وهو اشارة يده او برأسه فكان المتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل منه فكان الاعتبار لما هو اقرب الى الموضوع للبيان اولى ك (قوله تحرى فيها واكل وهذا بخلاف الثياب فانه يتحرى فيها بكل حال سواء كانت الغلبة للطاهر او للنجس او استويا وهذا لان حكم الثياب اخف ولهذا لولم يكن معه الاثوب واحد وربعه طاهر يصلى فيه بالاجماع وان كان ثلثة ارباعه نجسا واما اذا كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف يتخير بين ان يصلي فيه وبين ان يصلي عريانا قاعدا بالايماء فلما جازت الصلوة في ثوب نجس حالة الضرورة فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى كفايه

فهرست الجلد الثانى من الهدايه

صحيفه	
١	كتاب البيوع
٦	فصل دخول البناء فى بيع الدار من غير
•	تسمية
٨	باب خيار الشرط جائز
١٣	باب خيار الرؤية
١٧	باب خيار العيب
٢٣	باب البيع الفاسد
٣٦	باب الاقالة
٣٧	باب المرابحة والتولية
٤٣	باب الربوا
٤٨	باب الحقوق
٤٩	باب الاستحقاق
٥٣	باب السلم
٦٩	كتاب الكفالة
٨٠	باب كفالة الرجلين لآخر
٨١	باب كفالة العبد
٨٣	كتاب الحوالة
٨٤	كتاب ادب القاضى
٨٨	باب كتاب القاضى الى القاضى
٩١	باب التحكيم
٩٥	فصل فى القضاء بالميراث
٩٩	كتاب الشهادة
١٠٥	باب من تقبل شهادته ومن لاتقبل
١١٠	باب الاختلاف فى الشهادة
١١٣	باب الشهادة على الشهادة
١١٦	باب الرجوع عن الشهادة
١٢٠	كتاب الوكالة

صحيفه	
١٢٣	باب الوكالة بالبيع والشراء
١٣٤	باب الوكالة بالخصومة والقبض
١٣٧	باب عزل الوكيل
١٣٩	كتاب الدعوى
١٤١	باب اليمين
١٤٦	باب التحالف
١٥٣	باب ما يدعيه الرجلان
١٦١	باب دعوى النسب
١٦٥	كتاب الاقرار
١٦٩	باب الاستثناء
١٧٤	باب اقرار المريض
١٧٧	كتاب الصلح
١٨١	باب التبرع بالصلح والتوكيل به
١٨٧	كتاب المضاربة
١٩٢	باب دفع المضارب مضاربة
٢٠١	كتاب الوديعة
٢٠٦	كتاب العارية
٢١٠	كتاب الهبة
٢١٤	باب مايصح الرجوع وعدمه
٢١٨	كتاب الاجارات
٢١٩	باب وقت استحقاق الاجر
٢٢٢	باب جواز الاجارة
٢٢٦	باب الاجارة الفاسدة
٢٣١	باب ضمان الاجير
١٣٥	باب اجارة العبد
٢٣٦	باب الاختلاف
٢٣٧	باب فسخ الاجارة

صحيفه	
٢٤٠	كتاب المكاتب
٢٥٤	باب جواز فعل المكاتب
٢٥١	باب من يكاتب عن العبد
٢٥٢	باب كتابة العبد المشترك
٢٥٦	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٢٥٩	كتاب الولاء
٢٦٤	كتاب الاكراه
٢٦٩	كتاب الحجر
٢٧١	باب الحجر للفساد
٢٧٥	باب الحجر بسبب الدين
٢٧٨	كتاب المأذون
٢٨٧	كتاب الغصب
٣٠١	كتاب الشفعة
٣٠٤	باب طلب الشفعة
٣١٢	باب وجوب الشفعة وعدمه
٣١٦	باب بطلان الشفعة
٣١٩	كتاب القسمة
٣٢٨	باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق
٣٣٢	كتاب المزارعة
٣٣٨	كتاب المساقات
٣٤١	كتاب الذبايح
٣٤٩	كتاب الاضحية
٣٥٧	كتاب الكراهية
٣٧٩	كتاب احياء الموات
٣٩١	كتاب الاشربة

صحيفه	
٣٩٨	كتاب الصيد
٤١١	كتاب الرهن
٤١٨	باب جواز الرهن وعدمه
٤٢٨	باب الرهن يوضعه على يد العدل
٤٣٣	باب تصرف الرهن والجناية عليه
٤٤٨	كتاب الجنايات
٤٥٠	باب موجب القصاص وغيره
٤٥٦	باب قصاص ما دون النفس
٤٦٦	باب الشهادة في القتل
٤٦٨	باب حالة القتل
٤٧٠	كتاب الديات
٤٨٥	باب ما يحدثه الرجل في الطريق
٤٩٣	باب جناية البهيمة والجناية عليها
٤٩٩	باب جناية المملوك والجناية عليه
٥١١	باب غصب العبد والمدبر والصبي
٠٠٠	والجناية في ذلك
٥١٥	باب القسامة
٥٣٢	كتاب الوصايا
٥٣٨	باب الوصية بالثلث
٥٤٩	باب العتق في مرض الموت
٥٥٣	باب الوصية للاقارب وغيرهم
٥٥٨	باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة
٥٦٢	باب وصية الذمي
٥٦٤	باب الوصي وما يملكه
٥٧٣	كتاب الخنثى